

Sentencia T-455/12

ARBITRAMENTO-Definición, alcance y desarrollo constitucional

ACCION DE TUTELA CONTRA LAUDOS ARBITRALES-
Procedencia excepcional

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Reiteración de jurisprudencia sobre procedencia excepcional

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Requisitos generales y especiales de procedibilidad

ARBITRAMENTO-Concepto

El arbitramento como mecanismo alternativo de solución de conflictos, implica la derogación que hacen las partes de la jurisdicción para que, frente a un conflicto determinado o precaviendo uno futuro, sean terceros distintos de los jueces quienes resuelvan la controversia suscitada (con carácter definitivo), mediante una decisión -laudo arbitral- que hace tránsito a cosa juzgada, al igual que las decisiones de los jueces de la República.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO-Competencia es limitada, temporal y reglada

La competencia de los árbitros está limitada no solo por el carácter temporal de su actuación sino por la naturaleza del asunto sometido a su conocimiento, pues únicamente aquellas materias susceptibles de transacción pueden ser definidas por los árbitros.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO-Es el único competente para establecer su competencia, de conformidad con el principio kompetenz-kompetenz

La importancia del principio kompetenz-kompetenz, en virtud del cual los tribunales de arbitramento tienen un margen autónomo de interpretación para determinar el alcance de su propia competencia, de manera tal que incurrirán en un defecto orgánico solamente cuando han obrado manifiestamente por fuera del ámbito definido por las partes, o excediendo las limitaciones establecidas en el pacto arbitral que le dio origen, o en la Constitución y la ley, al pronunciarse sobre materias no transigibles, este principio fue consagrado en el numeral 2° del artículo 147 del Decreto 1818 de 1998, el cual establecía: el tribunal resolverá sobre su propia competencia mediante auto que solo es susceptible de recurso de reposición.

ACTO ARBITRAL-Definición

La Corte Constitucional ha definido el acto arbitral como aquel por medio del cual una persona o varias, a nombre del Estado, en ejercicio de una competencia atribuida por este y consultando únicamente el orden jurídico y la justicia, determinan el derecho aplicable a un evento concreto, luego de haber comprobado los hechos y de inferir una consecuencia jurídica, cuyo rasgo esencial es el efecto del tránsito a cosa juzgada.

ACTA DE LIQUIDACION EN EL CONTRATO ESTATAL- Jurisprudencia del Consejo de Estado

CARACTERIZACION DEL DEFECTO ORGANICO COMO CAUSAL ESPECIFICA DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES

Esta Corporación ha señalado que este defecto, vulnerador del derecho al debido proceso, se configura cuando la autoridad responsable de la providencia objeto de tutela no era competente para conocer del asunto.

CARACTERIZACION DEL DEFECTO POR DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JUDICIAL

La Sala Plena de esta Corporación ha reiterado el desconocimiento del precedente como causal de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales, cuando la decisión judicial (laudo arbitral) vulnera o amenaza derechos fundamentales de las partes. En este sentido, el respeto del precedente vertical vincula al juez (Tribunal de Arbitramento, en este caso), en razón a la igualdad de trato en la aplicación de la ley, según lo dispuesto en el artículo 13 de la Constitución. Solo se entiende que una autoridad ha incurrido en este defecto cuando se evidencie un actuar totalmente infundado que lesione derechos fundamentales, es decir cuando no respeta los presupuestos de razonabilidad, racionabilidad y proporcionalidad.

CARACTERIZACION DEL DEFECTO POR DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JUDICIAL-Caso en que Tribunal de Arbitramento desconoce el alcance y sentido de la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre el Acta de liquidación del contrato estatal en laudo arbitral

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Procedencia por desconocimiento del precedente judicial del Consejo de Estado, sobre el alcance y contenido del Acta de liquidación del contrato estatal en laudo arbitral

Referencia: expediente T-3.155.442

Demandante:
Comisión Nacional de Televisión

Demandado:
Tribunal de Arbitramento conformado por
Carmenza Mejía Martínez, Hernando
Herrera Mercado y Enrique Laverde
Gutiérrez, convocado por Producciones
JES Limitada para dirimir las
controversias contractuales con la
Comisión Nacional de Televisión.

Magistrado Ponente:
GABRIEL EDUARDO MENDOZA
MARTELO

Bogotá, D.C., veinte (20) de junio de dos mil doce (2012)

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y Jorge Iván Palacio Palacio, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

en la revisión de los fallos proferidos por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura que confirmó la decisión de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura, por medio de la cual negó el amparo impetrado en el trámite de la acción de tutela promovida por la Comisión Nacional de Televisión contra el laudo dictado dentro del trámite arbitral surtido entre la Comisión Nacional de Televisión -CNTV- y Producciones JES.

El tercer integrante de la Sala Cuarta de Revisión, Magistrado Nilson Pinilla Pinilla, no participó en la presente decisión, al haberse aceptado por los restantes Magistrados que la conforman, el impedimento por él manifestado, consistente en tener interés en la actuación procesal.

I.- ANTECEDENTES

La Comisión Nacional de Televisión (en adelante, CNTV), a través de apoderado, presentó acción de tutela contra el Tribunal de Arbitramento convocado por Producciones JES Ltda., con el objeto de que se ampare el

derecho fundamental al debido proceso y a la igualdad que, según afirma, es vulnerado por aquel al proferir laudo arbitral sin tener competencia para tal efecto, sin el debido sustento probatorio y violando el precedente judicial del máximo tribunal de lo contencioso administrativo.

1.- Reseña fáctica de la demanda

La CNTV presentó, el quince (15) de abril de 2011, acción de tutela en contra del Tribunal de Arbitramento convocado por Producciones JES Ltda., conformado por Carmenza Mejía Martínez, Hernando Herrera Mercado y Enrique Laverde Gutiérrez, buscando la protección efectiva de su derecho al debido proceso, de conformidad con los siguientes hechos:

- Entre la CNTV (persona jurídica de derecho público) y Producciones JES Limitada (sociedad comercial) se suscribió el contrato N° 129 del 24 de noviembre de 1997 para la concesión de espacios de televisión (Cadena UNO).
- El 6 de septiembre de 2000, Producciones JES Limitada presentó renuncia del contrato de concesión, en la que la programadora aludió a una mala situación económica por la entrada en actividad de los canales privados, sin señalar valores o sumas a reembolsar, ni el pago de intereses o sumas indexadas.
- Mediante la Resolución N° 0844 del 20 de septiembre de 2000, la CNTV manifestó la aceptación de la renuncia al contrato de concesión presentada por Producciones JES Limitada y, en consecuencia, ordenó la liquidación del contrato N°129 de 1997. Contra este acto no se presentaron los recursos de ley procedentes.
- Con fecha febrero 14 de 2002 y como consecuencia de lo anterior se suscribió un contrato de dación en pago cuya finalidad fue extinguir parcialmente las obligaciones de Producciones JES Ltda. con la CNTV.
- Mediante acta N° 48 del 5 de septiembre de 2002, se liquidó de común acuerdo el Contrato N° 129 de 1997, sin que se hiciera salvedad alguna por las partes y, por el contrario, se declaró a *paz y salvo*. Allí se contempló la forma como debían ser canceladas las obligaciones pendientes por parte del concesionario (Producciones JES Ltda.) y la efectividad de su renuncia a partir del 21 de septiembre de 2000.
- El 20 de febrero de 2003 se suscribió otro contrato denominado “*Dación en Pago*” entre las mismas partes, por obligaciones pendientes de cancelación derivadas del acuerdo de pagos suscrito con la CNTV el 14 de febrero de 2002 antes referido.

- En la cláusula décimo cuarta del precitado contrato de “*Dación en Pago*” de 2003 se manifestó entre otras cosas que:

el presente acuerdo de dación en pago se circunscribe a la cancelación de las obligaciones pendientes de pago correspondientes a las tarifas de los espacios concesionados a PRODUCCIONES JES LTDA y al acuerdo de pagos suscrito con LA COMISIÓN el 14 de febrero de 2002, de acuerdo con la liquidación efectuada por LA COMISIÓN, con sus correspondientes intereses corrientes y moratorios. En ningún caso este acuerdo se refiere, modifica, vulnera o constituye reconocimiento a las pretensiones, al restablecimiento del equilibrio económico durante la ejecución del contrato No. 129 de 1997 que eventualmente pudieran presentarse por PRODUCCIONES JES LTDA en Tribunal de Arbitramento que cualquiera de las partes convoque.

- El 2 de septiembre de 2004, *ante la negativa de la Comisión Nacional de Televisión de nombrar de común acuerdo el mencionado tribunal, toda vez que para dicha institución el asunto ya se había cancelado completamente entre las partes y el contrato ya había dejado de existir para todos los efectos legales*, Producciones JES Ltda. presentó demanda arbitral con la pretensión de que se declarara la ruptura de la ecuación económico-financiera del contrato N° 129 de 1997 y el pago de los perjuicios causados por este concepto. Así mismo, que se declarara que el acta de liquidación N° 48 de 2002 no incluyó los ajustes, revisiones y reconocimientos a que había lugar, ni los acuerdos, conciliaciones o transacciones de las partes por diferencias presentadas durante la ejecución del contrato, con ocasión de la renuncia del concesionario a los espacios de televisión por causas imputables a la CNTV.

- La CNTV afirmó que existió una irregularidad en la designación, nombramiento y posterior ratificación del tercer árbitro, toda vez que en la audiencia de nombramiento de árbitros celebrada el 20 de mayo de 2008 el juzgado 28 Civil del Circuito de Bogotá designó a Hernando Herrera Vergara y mediante oficio del 4 de noviembre de 2008, dirigido a la Cámara de Comercio, informa la designación de los árbitros, incluyendo a Hernando *Herrera Vergara*. No obstante, quien tomó posesión como árbitro en la audiencia de instalación del Tribunal de Arbitramento realizada el 1° de Diciembre de 2008 es el abogado Hernando *Herrera Mercado*. Solo hasta el 26 de marzo de 2009, el juzgado informó que hubo un error y que quien aceptó la designación es Hernando Herrera Mercado, persona distinta de la designada, y solicitó que se tomaran las medidas a que haya lugar. Las partes procedieron a ratificar a este último árbitro, pese de tratarse de un nombramiento inexistente. Advirtió que hasta el momento que se profirió el laudo arbitral, ninguna entidad competente había revocado el nombramiento del abogado Hernando Herrera Vergara como árbitro.

- El 24 de junio de 2010, el Tribunal de Arbitramento declaró la ruptura de la ecuación económico-financiera de la relación contractual y, por tanto, el desequilibrio económico del Contrato de Concesión de Espacios de Televisión N° 129 de 1997, suscrito entre la CNTV y Producciones JES Ltda. En consecuencia, condenó a la CNTV a pagar a Producciones JES Ltda. la suma

de \$5.596'363.417, a título de restablecimiento del equilibrio de la ecuación económica del referido contrato.

▪ El 1º de julio de 2010, la CNTV presentó solicitud de adición y aclaración del Laudo Arbitral, por considerar que existían graves inconsistencias e incongruencias en la parte resolutive, cuyos puntos más relevantes a precisar eran:

➤ Indicar cuál fue el supuesto jurídico que permitió al Tribunal tener competencia para pronunciarse sobre la validez del acta de liquidación del 5 de septiembre de 2002, en contravía con la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado.

➤ Indicar cuáles fueron los supuestos fácticos y jurídicos que permitieron al Tribunal apartarse de la jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado según la cual *“el hecho de que al momento de la liquidación final del contrato el contratista no haya reclamado o dejado salvedad en relación con aquellos conceptos que consideraba insolutos, le impide demandar a través de un proceso judicial su reconocimiento.”*

➤ Aclarar los supuestos sobre el material probatorio dentro del proceso arbitral, según el cual el Tribunal tomó el concepto de *“Ingresos por actividades de radio y televisión - comerciales”* de los estados financieros de Producciones JES Ltda. como sustento probatorio para condenar a la CNTV, *sin que se observe que se hiciera una discriminación de los ingresos por concepto de TELEVISIÓN que es el concepto que nos ocupa, según el objeto del contrato 129 de 1997, sino que, por el contrario, el Tribunal tomó el monto total indicado en los Estados Financieros, es decir, por concepto de RADIO, TELEVISIÓN Y COMERCIALES, lo que matemáticamente lleva a una SOBREVALORACION de los supuestos perjuicios ocasionados en ejecución del contrato 129 del 24 de noviembre de 1997 suscrito por las partes y por consiguiente, un gravísimo error de la parte resolutive del laudo arbitral.*

▪ Mediante Laudo Aclaratorio del 7 de julio de 2010, el Tribunal de Arbitramento decidió denegar las solicitudes de corrección y complementación por considerarlas improcedentes.

▪ El 20 de septiembre de 2010, la CNTV interpuso recurso de anulación contra el laudo arbitral y su aclaratorio ante la sección tercera del Consejo de Estado, invocando las siguientes causales del Decreto 2279 de 1989:

Art.38 (...)

6. *Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo.*

7. Contener la parte resolutive del laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorias, siempre que se hayan alegado oportunamente ante el tribunal de arbitramento.

8. Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido.

▪ El 17 de agosto de 2010, el Consejo de Estado avocó conocimiento y ordenó la suspensión de los efectos del laudo arbitral.

▪ Mediante sentencia del 10 de marzo de 2011, el Consejo de Estado declaró infundados los cargos propuestos en el recurso de anulación al no encontrar que lo referido por el accionante se encuadrara en las causales que dan lugar a la anulación.

2.- Argumentos de la demanda. Defectos existentes en el laudo arbitral del 24 de junio de 2010 y su aclaratorio del 7 de julio de 2010

El actor consideró que el Tribunal de Arbitramento desconoció su derecho fundamental al debido proceso. A su juicio, tanto el laudo arbitral como su aclaratorio presentan los siguientes defectos:

1. Defecto orgánico, que tiene lugar cuando el funcionario judicial que emite la decisión carece de manera absoluta, de competencia para ello. En el presente caso, reiteramos, la Justicia Arbitral no tenía competencia toda vez que:

1.1. No estaba conformado debidamente el tribunal por las personas que habían sido designadas en Audiencia Pública por el Juzgado 28 civil del Circuito de Bogotá, según se mencionó en los hechos de esta demanda.

1.2. Y de considerarse, en gracia de discusión, que las partes sí podían modificar la decisión judicial, ‘ratificando’ un nombramiento inexistente, se violó también el debido proceso al anularse todos los actos ejecutados con anterioridad al 18 de mayo de 2009, y no seguirse el procedimiento establecido en el ordenamiento jurídico, esto es, no haberse iniciado de nuevo el respectivo proceso a partir de la fecha en que se entendía conformado el respectivo Tribunal con el nombramiento en propiedad de los tres árbitros designados o supuestamente ratificados.

2. Defecto Orgánico en la medida que el Tribunal no podía emitir pronunciamientos que directa o indirectamente afectaran la validez del Acta de Liquidación Bilateral, violando lo dispuesto en el artículo 29 de la Constitución. Lo anterior conforme a lo dispuesto en la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Reiteramos que a pesar de que en el Laudo no se menciona expresamente nada sobre el Acta, sí se pronuncian sobre pretensiones que indirectamente afectan lo acordado bilateralmente por las partes, antes de que se convocara el Tribunal de Arbitramento.

3. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión, lo que convierte la decisión total o parcialmente en una vía de hecho.

4. Decisión sin motivación, que tiene lugar cuando el funcionario judicial no da cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de su decisión, pues es en dicha motivación en donde reposa la legitimidad de sus providencias.

5. Desconocimiento del precedente, que se origina cuando el juez ordinario, por ejemplo, desconoce o limita el alcance dado por la Corte a un derecho fundamental, apartándose del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.

6. Violación directa de la Constitución. Tal como se indicó atrás, el Laudo Arbitral vulnera no solo derechos fundamentales como el debido proceso, sino que además va en contra de principios constitucionales como la buena fe del artículo 83 C.P., la prevalencia del interés general consagrado en el artículo 1º de la misma e igualmente el hecho de desconocer el precedente judicial.

Adicionalmente, reiteramos que en el trámite arbitral que aquí nos ocupa, se vulneró flagrantemente el Principio de habilitación de árbitros dispuesto en el artículo 116 de la Constitución Política.

3.- Documentos relevantes cuyas copias obran en el expediente (Cuaderno 1)

Las pruebas aportadas al trámite de tutela, todas de origen documental, son las que a continuación se relacionan:

- Resolución N° 0844 del 20 de septiembre de 2000, proferida por la CNTV, *Por la cual se acepta la renuncia de una concesión de espacios de televisión* (f. 46 al 50).
- Acta N° 48 del 5 de septiembre de 2002, por medio de la cual se liquida por mutuo acuerdo el contrato de concesión de espacios de televisión N° 129 de 1997, celebrado entre la CNTV y Producciones JES limitada (f. 51 al 56).
- Actas del 20 de mayo y del 26 de junio del 2008, emitidas por el Juzgado 28 Civil del Circuito, en la audiencia de nombramiento de árbitros dentro del proceso arbitral N° 110013103028200600637 (f. 57 al 62).
- Escrito de recurso de reposición, presentado el 5 de diciembre de 2008, contra el auto del 1º de diciembre de 2008 que declara instalado el Tribunal Arbitral y admite la demanda arbitral (f. 74 al 78).
- Escrito de recurso de reposición contra el auto que declara la competencia del Tribunal de Arbitramento (f. 63 al 66).
- Escrito de contestación de la demanda arbitral, presentado el 26 de enero de 2009 por el apoderado de la CNTV (f. 79 al 89).
- Escrito de solicitud de nulidad de la designación como árbitro del Dr. Hernando Herrera Mercado, presentado ante Tribunal de Arbitramento, el 19 de febrero de 2009 (f. 67 al 73).
- Actas N° 1, 2, 3, 4 y 5 del Tribunal de Arbitramento (f. 90 al 104).
- Escrito de Hernando Herrera Mercado, presentado ante el Tribunal de Arbitramento el 9 de marzo de 2009 (f. 105 y 106).
- Estados financieros a diciembre 200 y 1999 de Producciones JES Limitada (f. 107 al 128).
- Escrito de sustentación de los Alegatos de Conclusión, presentado por el apoderado de la CNTV, el 16 de abril de 2010 (fs. 129 al 140 y 283 al 295).

- Laudo Arbitral del 24 de junio de 2010, proferido por el Tribunal de Arbitraje conformado para dirimir en derecho las controversias jurídicas suscitadas entre Producciones JES Limitada y la CNTV (f. 141 al 226-4).
- Escrito de solicitud de adición y aclaración del Laudo Arbitral, presentado por el apoderado de la CNTV (f. 227 al 235).
- Laudo Aclaratorio del 7 de julio de 2010, proferido por el Tribunal de Arbitraje conformado para dirimir, en derecho, las controversias jurídicas suscitadas entre Producciones JES Limitada y la CNTV (f. 236 al 253).
- Escrito de sustentación del recurso de anulación del Laudo Arbitral, presentado el 20 de septiembre de 2010, por el apoderado de la CNTV ante el Consejo de Estado (f. 254 al 282).
- Escrito de oposición a las pretensiones de Producciones JES como convocante del Tribunal de Arbitramento (copia parcial), presentado por el apoderado de la CNTV (f. 283 al 295).
- Concepto emitido por la Procuraduría Delegada ante el Consejo de Estado en el cual concluye que el recurso de anulación debe declararse infundado, dado que ninguna de las causales alegadas por el impugnante se ajusta a lo acontecido. Advierte el Ministerio Público en relación con el laudo que “(...) *podría llegar a ser un fallo equivocado pero no en conciencia no se trata de un laudo en conciencia, pues fue el producto de una valoración legal y probatoria*”
- Sentencia del 10 de marzo de 2011, proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª - Subsección A, que resuelve el recurso de anulación contra el Laudo Arbitral denegando lo deprecado, al estimar que acorde con lo sucedido, ninguna de las causales referidas por la demandante, tuvo lugar. En la decisión, la Alta Instancia de lo Contencioso Administrativo, tras precisar que la revisión del asunto se hace únicamente por errores *in procedendo* y no *in iudicando* y, advirtiendo que el estudio se contrae a las causales invocadas y sustentadas por el recurrente; concluye que el apartarse de la jurisprudencia del Consejo de Estado no implica los efectos pretendidos por la CNTV, ni se corresponde con la causal de anulación propuesta. En tal sentido recordó la jurisprudencia según la cual “(...) *la decisión equivocada no se identifica con la decisión en conciencia (...)*” (f. 296 al 337).

4.- Intervención *amicus curiae* en trámite de la acción de tutela

Con posterioridad a la admisión de la acción de tutela, la Procuradora Tercera Judicial Administrativa presentó escrito coadyuvando las pretensiones de la entidad accionante, al considerar que el laudo arbitral del 24 de junio de 2010 y su aclaratorio del 7 de julio de 2010 ostentan defectos sustantivos, conforme a los fundamentos señalados a continuación:

- La acción de tutela procede contra laudos arbitrales cuando se vulneren derechos fundamentales, en consecuencia, procede en el asunto bajo estudio, ante la vulneración del derecho al debido proceso de la CNTV.

- Se cumple con el principio de subsidiariedad, dado que al tener en cuenta los fines concretos establecidos para el recurso de anulación contra laudos arbitrales, se evidencia que este no resulta el medio de defensa judicial idóneo cuando se presentan vulneraciones a los derechos fundamentales.
- Se configura un defecto sustantivo en el laudo arbitral de Producciones JES Limitada y la CNTV, por vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso, acceso a la justicia e igualdad. La interpretación del Tribunal de Arbitramento respecto del contrato de dación en pago del 20 de febrero de 2003 es manifiestamente arbitraria, caprichosa y equivocada, siendo que se trata de otro contrato diferente, autónomo, independiente y posterior al contrato 129 de 2007, suscrito entre las mismas partes.

Finalmente, aclara que existe un perjuicio irremediable en virtud a la condena contra la CNTV, que implica un pago por valor de \$5.596'363.417, a título de restablecimiento de la ecuación económica del contrato suscrito con Producciones JES Limitada.

5.- Oposición a la demanda de tutela

Mediante auto del 28 de abril de 2011, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca admitió la acción de tutela y corrió traslado de la misma a las partes para que se pronuncien acerca de los supuestos de hecho que motivaron la solicitud de amparo.

5.1. Tribunal de Arbitramento

Los ciudadanos y abogados, Carmenza Mejía Martínez, Hernando Herrera Mercado y Enrique Laverde Gutiérrez, integrantes del Tribunal de Arbitramento, convocado por Producciones JES Limitada para dirimir las controversias contractuales con la CNTV, mediante escrito de 4 de mayo de 2011, solicitaron declarar improcedente la presente acción de tutela, basados en las siguientes consideraciones: *(i)* la demanda de tutela se encamina a reabrir el debate sobre puntos ya decididos en el laudo arbitral y que fueron objeto de control de legalidad por parte del Consejo de Estado; *(ii)* se ha desconocido el carácter subsidiario de la acción de tutela al no haberse agotado los mecanismos ordinarios de protección (recurso de anulación por vicio en la constitución del Tribunal de Arbitramento); *(iii)* inexistencia de perjuicio irremediable y *(iv)* ausencia de la alegada indebida integración del Tribunal de Arbitramento.

Adicionalmente, el 6 de mayo de 2011, dieron respuesta al escrito de coadyuvancia, en los siguientes términos:

- La coadyuvancia presentada por la Procuradora Tercera Judicial Administrativa resulta abiertamente contradictoria con el concepto precedente

formulado por el Procurador Cuarto Delegado ante el Consejo de Estado en el trámite del control de legalidad del laudo.

- Violación del principio de inmediatez: Acudir a la acción de tutela 10 meses después de dictado el laudo arbitral rompe con el *principio de inmediatez* y desvirtúa el posible perjuicio irremediable alegado y no comprobado.

- La coadyuvante planteó la configuración de una vía de hecho por defecto sustantivo en el Laudo Arbitral consistente en que la decisión del Tribunal de Arbitramento, sus consideraciones, su valoración de las pruebas y su interpretación de las normas aplicables, resultan contrarias a pronunciamientos anteriores del Consejo de Estado.

Afirmaron que estos argumentos resultan desacertados toda vez que la *competencia del Consejo de Estado para conocer del recurso extraordinario no lo convierte en superior jerárquico, ni funcional ni orgánico, de los árbitros, ni coloca a la jurisdicción arbitral, reconocida como tal por la propia Corte Constitucional, en niveles secundarios dentro de la estructura de la organización del Estado.*

Aportaron copia del concepto emitido por el Procurador Cuarto Delegado ante el Consejo de Estado, en el trámite del control de legalidad del laudo, a fin de que obre como prueba en el expediente (f. 408 al 436).

5.2. Producciones JES Ltda.

El apoderado de Producciones JES Ltda., como parte interesada en el proceso, presentó escrito en el que informa que la CNTV ha acatado el fallo del Tribunal de Arbitramento y, por ende, ha efectuado el pago mediante la Resolución N° 2011-380-000267-4 del 28 de marzo de 2011. Concluyó que *efectuado el pago y acatado el fallo, no hay lugar a invocar la TUTELA como medio excepcional para evitar el detrimento patrimonial alegado por la Comisión, más aún cuando los fundamentos en que se pretende apoyar fueron ya expuestos mediante el recurso de anulación que la sección tercera del Consejo de Estado declaró infundado.* También aportó copia del acto administrativo referido, a fin de que obre como prueba en el expediente (f. 446 al 453).

II. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN

1.- Sentencia de primera instancia

En sentencia del nueve (9) de mayo de dos mil once (2011), la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca declaró *improcedente* la solicitud de amparo. A juicio del *a quo*, la Comisión Nacional de Televisión no cumplía con la condición de

procedibilidad de la acción de tutela en lo concerniente a la subsidiariedad, ya que la CNTV no agotó todos los mecanismos establecido para atacar el laudo arbitral, pues no agotó el recurso extraordinario de revisión.

En efecto, para el fallador de instancia, la acción de tutela no podía prosperar, en virtud de que la entidad accionante tenía otro mecanismo de defensa que, aunque extraordinario, debía agotarse. De igual manera, consideró que no se percibe, ni se demuestra dentro del libelo tutelar la existencia de un perjuicio irremediable que permita invocar la protección constitucional de manera transitoria.

2.- Impugnación del accionante

La entidad demandante, inconforme con la decisión de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, solicitó la revocatoria de la sentencia de primera instancia, reiterando los argumentos esgrimidos en el libelo introductorio, a saber: vulneración del precedente judicial; falta de competencia de la justicia arbitral para pronunciarse sobre el acta de liquidación; vulneración del principio de habilitación (tercer árbitro no fue designado ni nombrado por ente competente) y, por último, la condena impuesta perjudica el patrimonio público, al basarse *únicamente en los rubros contenidos en los Estados Financieros de producciones JES Ltda.*

En sentir del actor, el juez de primer grado omitió realizar un análisis respecto de la cuestión sometida a su consideración y se abstuvo de pronunciamiento bajo la consideración de que no se agotó el recurso extraordinario de revisión y de que no se demostró el perjuicio irremediable.

Respecto del carácter subsidiario de la acción de tutela por no haberse agotado los mecanismos de ordinarios de protección, señaló que para hacer uso del recurso de revisión *tenemos un término de dos años para presentarlo después de ejecutoriada la sentencia, término que evidentemente no ha transcurrido.*

Puntualizó que el acatamiento del laudo, pagando la condena *no implica de manera alguna, que haya renunciado a su derecho de reclamar ante las instancias pertinentes por la violación de sus derechos fundamentales.*

3.- Sentencia de segunda instancia

La Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, mediante sentencia del quince (15) de junio de dos mil once (2011), modificó el fallo de primera instancia, que declaró improcedente el amparo solicitado, para, en su lugar, negar la protección de los derechos invocados, por considerar que no existían vías de hecho que conduzcan a la prosperidad de la pretensiones.

El *ad quem* precisó que *no se vislumbran situaciones fácticas y jurídicas que permitan inferir la vulneración de derechos fundamentales y, más aún, si se tiene en cuenta que el asunto versa sobre intereses de connotación económica y que pese a su dimensión y valor, no comporta relevancia constitucional en el ámbito del debido proceso constitucional.*

III. ACTUACIONES EN SEDE DE REVISIÓN

Durante el trámite de revisión adelantado ante la Corte Constitucional, se allegó escrito presentado, el 22 de febrero de 2012, por los miembros del Tribunal de Arbitramento convocado por Producciones JES Ltda., conformado por Carmenza Mejía Martínez, Hernando Herrera Mercado y Enrique Laverde Gutiérrez, en el cual se adjunta los siguientes documentos para ser tenidos como prueba dentro del proceso:

- Comunicación del 17 de marzo de 2009 de la CNTV sobre la ratificación del nombramiento del árbitro Hernando Herrera Mercado.
- Actas N° 5 y 17 correspondientes al proceso arbitral.
- Documento de fecha 23 de febrero de 2003, suscrito por las partes denominado *Contrato de Dación en Pago*.
- Laudo aclaratorio de fecha 7 de julio de 2010.

IV. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA DECISIÓN

1.- Competencia

La Corte Constitucional es competente, a través de esta Sala, para revisar la sentencia proferida por el juez de segunda instancia dentro del proceso de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y en cumplimiento con lo ordenado por el auto del 29 de septiembre de 2011, proferido por la Sala de Selección N° 9.

2.- Planteamiento del problema jurídico

2.1. De acuerdo con el acontecer fáctico descrito, la problemática de índole jurídico constitucional por resolver, en sede de revisión, se contrae a la necesidad de establecer si el Tribunal de Arbitramento demandado vulneró los derechos fundamentales de la CNTV al debido proceso y a la igualdad, al proferir el laudo arbitral del 24 de junio de 2010 y su aclaratorio del 7 de julio de 2010, en el que se condenó a la CNTV a reconocer a Producciones JES Ltda. una suma a título de restablecimiento del equilibrio de la ecuación económica del contrato 129 de 1997; en relación con las siguientes circunstancias:

- (i) Vulneración al principio de habilitación, toda vez que el tercer árbitro no fue designado ni nombrado por ente competente;

- (ii) Al pronunciarse sin tener competencia para emitir juicio sobre las pretensiones de la demanda, al tratarse de asuntos pactados por las partes (acta de liquidación contractual);
- (iii) Desconocimiento del precedente judicial establecido por el Consejo de Estado, según el cual cuando no se dejan salvedades en el Acta de Liquidación Bilateral (por mutuo acuerdo - Principio de la Buena Fe) no es viable acudir a ningún tipo de acción judicial para reclamar lo que suscite inconformidad; y
- (iv) Error en la apreciación y valoración de las pruebas, al basarse para efectos de la tasación de los supuestos perjuicios en el rubro denominado radio televisión y comerciales contenido en los estados financieros de Producciones JES Ltda.; sin discriminarse los ingresos por concepto de televisión, con lo cual se sobrevaloró el monto de la condena que perjudica el patrimonio público.

2.2. En particular, la Sala debe examinar **(i)** si procede la tutela contra un laudo arbitral, es decir, si los laudos arbitrales pueden asimilarse a providencias judiciales para efectos de aplicar la doctrina sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales; **(ii)** en caso de que proceda, si en esta oportunidad se reúnen los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales; **(iii)** el marco general de la competencia de los tribunales de arbitramento ; **(iv)** seguidamente se revisará la procedencia de acciones judiciales para reclamar aquello respecto de lo cual no se manifestó la inconformidad en el acta de liquidación del contrato estatal; **(iv)** finalmente, se considerará el caso concreto para determinar si el Tribunal de Arbitramento incurrió en alguna de las causales específicas de procedibilidad que la entidad accionante alega.

3.- Reiteración de jurisprudencia. Definición, alcance y desarrollo constitucional del arbitramento. Procedencia excepcional de la acción de tutela contra laudos arbitrales

3.1. El arbitraje en Colombia tiene naturaleza jurisdiccional, conclusión que se desprende del inciso final del artículo 116 de la Constitución de 1991. De acuerdo con el citado artículo [l]os *particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.* Sobre el particular, ha señalado esta Corporación¹:

*(...) los mecanismos que se arbitren deben ser portadores de seguridad jurídica, hasta el punto que tengan la virtud de resolver en forma definitiva el conflicto y que no se pueda acudir luego a la vía judicial salvo cuando la solución de este sea parcial. Ello implica, por consiguiente, que **las actuaciones de los árbitros o de los conciliadores, así como las respectivas decisiones, sean equiparables en***

¹ Corte Constitucional, sentencia C-160 de 1999.

cuanto sus efectos a los de una sentencia judicial. (Negrilla fuera de texto original)

La disposición superior citada constituye el fundamento constitucional del arbitramento, cuyas características fueron desarrolladas ampliamente en la sentencia SU-174 de 2007², en la que la Sala Plena de esta Corporación abordó, entre otros aspectos, la naturaleza del arbitraje, los límites materiales y personales del arbitramento, y los recursos previstos para el control de la justicia arbitral. Así las cosas, se colige que el laudo arbitral tiene la misma eficacia jurídica que la sentencia judicial y por tanto hace tránsito a cosa juzgada y presta mérito ejecutivo³.

En el mismo año, la sentencia T-244 de 2007⁴ sintetizó las particularidades del arbitramento, así: *(i) es el ejercicio de la función jurisdiccional por particulares, (ii) el arbitraje tiene naturaleza procesal, (iii) es de carácter transitorio o temporal, (iii) tiene origen en la voluntad de las partes del conflicto, (iv) los fallos pueden ser proferidos en derecho o en equidad, (v) el arbitraje se desarrolla en los términos que señala la ley, de manera que el legislador tiene una amplia libertad de configuración de la justicia arbitral, con el límite último de los preceptos constitucionales.*

En atención a los pronunciamientos precedentes, la sentencia T-443 de 2008⁵ sintetizó seis características del arbitramento:

(a) El arbitramento está regido por el principio de habilitación o voluntariedad⁶.

2 MP Manuel José Cepeda Espinosa. En esta oportunidad la Corte denegó la acción de tutela interpuesta por el Departamento del Valle contra la decisión del Tribunal de Arbitramento del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali. La Corte concluyó que no se configuró un defecto orgánico consistente en haber desconocido la validez y firmeza de un acto administrativo de liquidación unilateral del contrato celebrado entre la entidad territorial y CISA.

3 Así se dijo en la sentencia C-431 de 1995 (MP Hernando Herrera Vergara): “En primer lugar, cabe señalar que el acto arbitral puede definirse como aquel por medio del cual una persona o varias a nombre del Estado, en ejercicio de una competencia atribuida por éste y consultando solo el interés superior del orden jurídico y la justicia, definen el derecho aplicable a un evento concreto, luego de haber comprobado los hechos y de inferir una consecuencia jurídica, cuyo rasgo esencial es el efecto del tránsito a cosa juzgada”.

4 MP Humberto Antonio Sierra Porto. La Corte denegó la acción de tutela instaurada contra el Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir las controversias contractuales entre Marinsur Ltda. y el F. R. A. por defectos fácticos y sustantivos, consistentes en la valoración de los perjuicios por lucro cesante y la indebida interpretación de las disposiciones contractuales y legales que sirvieron de fundamento para declarar la responsabilidad de la entidad estatal por el incumplimiento del Contrato 169/99.

5 MP Mauricio González Cuervo. En esta sentencia la Corte denegó la acción de tutela promovida contra el Tribunal de Arbitramento porque no se configuró un defecto sustantivo, procedimental ni fáctico con la interpretación de las normas aplicables a los casos de arrendamientos de locales comerciales inferiores a dos años a pesar del vacío normativo existente en la legislación comercial. Tampoco consideró la Corte que se hubiera desconocido la intervención de terceros en el proceso ni que se dejaran de practicar pruebas determinantes en la causa.

6 Al respecto, resumió la sentencia T-443 de 2008: “El principio de la voluntariedad implica precisamente el desplazamiento de la justicia estatal, con fundamento en “un acuerdo previo de carácter voluntario y libre efectuado por los contratantes”. Así, la fuente de la función jurisdiccional de los árbitros deviene, (i) del contrato o acuerdo de voluntades entre las partes, que permite “habilitar” a los árbitros para el efecto y (ii) desde una perspectiva más amplia, de la potestad constitucional conferida a los particulares para administrar justicia transitoriamente, como conciliadores o árbitros. No obstante, el acuerdo de voluntades es en concreto el que permite el desplazamiento de la jurisdicción estatal para un caso específico. Por ende, el pacto arbitral exige que se acuerde una cláusula compromisoria o un compromiso en el que se defina que la resolución de una situación específica se hará a través de ese medio de defensa de manera expresa.// Como esa decisión es trascendente, es deber de las partes establecer con precisión los efectos jurídicos y económicos de su determinación. Sobre el particular, la Corte ha señalado que al momento en que las partes acuerdan el sometimiento de sus conflictos a tribunales de arbitramento, aceptan de antemano la obligatoriedad de la decisión de los árbitros investidos del poder decisorio. Por lo tanto, cuando las partes aceptan prestar su consentimiento para someter sus

- (b) El arbitramento es una institución que implica el ejercicio de una actividad jurisdiccional, reviste el carácter de función pública y se concreta con la expedición de fallos en derecho o en equidad⁷.
- (c) La Ley puede definir los términos en los cuales se ejercerá la actividad arbitral⁸.
- (d) El ejercicio arbitral de administrar justicia es temporal⁹.
- (e) El arbitramento también es excepcional, ya que la figura tiene límites materiales en los temas de decisión¹⁰.
- (f) Los laudos arbitrales no están sujetos a segunda instancia, pero tienen mecanismos de control judicial a través del recurso extraordinario de anulación u homologación¹¹.

diferencias a la decisión de estos particulares, “se obligan a acatar lo decidido por ellos”, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 116 superior.” Los pies de página correspondientes a este extracto fueron omitidos.

7 En la misma sentencia se puntualizó: “El laudo, que es la decisión que profieren los árbitros, resuelve el conflicto suscitado entre ellas, tiene fuerza vinculante para las partes y hace tránsito a cosa juzgada. Bajo tales consideraciones, es una decisión judicial exigible y ejecutable, que resulta ser además un medio para materializar el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia de las personas involucradas. Así, el laudo arbitral, sea en derecho o en equidad, “es eminentemente jurisdiccional y equivale a una providencia judicial, en cuanto resuelve el litigio suscitado entre las partes, pronunciándose sobre los hechos, resolviendo sobre las pretensiones, valorando las pruebas y declarando el derecho a la luz de los mandatos constitucionales y legales o atendiendo a los principios de equidad.” Los pies de página correspondientes a este extracto fueron omitidos.

8 Sobre el particular, la sentencia T-443 de 2008, destacó: “La Corte ha destacado que la voluntariedad del arbitramento no excluye que la ley regule la materia, pues el arbitramento es un verdadero proceso, a pesar de que sea decidido por particulares. Por ello está sujeto a regulaciones legales propias, en especial aquellas que aseguran el respeto al debido proceso de las partes (Art. 116 C.P.). (...) Así, si los árbitros cumplen la función pública de administrar justicia, es razonable que el Legislador regule en términos generales el marco dentro del cual habrán de cumplir esa función, con sujeción a la Constitución y la ley. //También ha señalado la Corte que por mandato legal, los árbitros tienen los mismos poderes procesales con los que cuentan los jueces estatales al administrar justicia, como son (i) el poder de decisión para resolver en forma obligatoria la controversia, (ii) el poder de coerción, para procurar los elementos necesarios para el cumplimiento de la decisión, y (iii) el poder de documentación o investigación para practicar pruebas y valorarlas.” Los pies de página correspondientes a este extracto fueron omitidos.

9 Con relación a esta característica la sentencia expuso: “El propósito y finalidad de la justicia arbitral es solucionar en forma amigable un determinado conflicto. Por ende, las funciones de los árbitros terminan una vez es proferido el laudo arbitral. De hecho, la competencia de los árbitros es transitoria y restringida a la solución de la controversia entre las partes.” Los pies de página correspondientes a este extracto fueron omitidos.

10 En cuanto a las materias transigibles la sentencia precisó: “En efecto, no todo conflicto puede ser resuelto mediante laudo arbitral, ya que existen bienes jurídicos cuya disposición no puede dejarse a la resolución de particulares, así ello se haya convenido por las partes enfrentadas. De hecho, solo pueden someterse a arbitramento los asuntos transigibles, esto es, aquellos que se encuentran dentro de la órbita de la libre disposición y autonomía de las partes en conflicto y sobre los que ellas tienen libertad de disposición y negociación. Así, son transigibles básicamente los asuntos que se refieren a obligaciones de contenido económico, sin perjuicio de que el legislador determine en qué casos un asunto es de libre disposición de su titular o no. (...) Ahora bien, en general, no son transigibles según lo ha reseñado la jurisprudencia de esta Corporación, los temas relacionados con el estado civil de las personas, las obligaciones amparadas por leyes “en cuya observancia estén interesados el orden y las buenas costumbres” al tenor del artículo 16 del Código Civil; las cuestiones relacionadas con los derechos de los incapaces y el conjunto de derechos mínimos de los trabajadores, entre otros temas.” Los pies de página correspondientes a este extracto fueron omitidos.

11 “Si bien las decisiones de los árbitros son ejercicio de una función jurisdiccional y quedan cobijadas por la figura de la cosa juzgada, los laudos no son iguales a las sentencias judiciales en estricto sentido, especialmente porque al ser producto de una habilitación expresa, voluntaria y transitoria, no están sujetos al trámite de segunda instancia a través del recurso de apelación. La apelación, forma parte del sistema estatal de administración de justicia del cual voluntariamente se separaron las partes que se acogieron al trámite arbitral, por lo que sería un contrasentido que el conflicto se resolviera finalmente por la vía judicial de la cual los involucrados querían expresamente sustraerse. //No obstante, existen vías legales para controvertir los laudos, las cuales son extraordinarias y limitadas. De hecho, contra los laudos únicamente proceden los recursos de homologación -en materia laboral-, de anulación -en los ámbitos civil, comercial y contencioso administrativo- y, contra la providencia que resuelve el recurso de anulación, el recurso extraordinario de revisión.//Tales recursos, sin embargo, han sido concebidos por el legislador, como mecanismos de control judicial del procedimiento arbitral y no como una segunda instancia que debe revisar integralmente la controversia resuelta por los árbitros. Es más, las causales para acudir al recurso de anulación son restringidas si se las compara con las observaciones que podrían ser planteadas judicialmente en una segunda instancia jurisdiccional. De hecho las causales para impugnar el laudo, se refieren generalmente a errores *in procedendo* y a algunos errores *in iudicando* específicamente definidos en la ley, lo cual excluye la revisión *in integrum* o total de la decisión original de los árbitros. // El Legislador nacional ha previsto que contra todo laudo arbitral que verse sobre materias civiles, comerciales o referentes a contratos administrativos, procede el recurso extraordinario de anulación. Las causales de anulación varían dependiendo de la materia para la cual haya sido convocado el Tribunal de Arbitramento. En el caso de los laudos proferidos por Tribunales de Arbitramento convocados para dirimir conflictos originados en contratos administrativos, las causales de anulación aplicables son las previstas en el artículo 72 de la Ley 80 de 1993 (compiladas en el artículo 230 del Decreto 1818 de 1998); para las demás materias, las

3.2. Con fundamento en estas consideraciones y como reconocimiento a la voluntad de las partes que deciden someter sus controversias a la justicia arbitral, esta Corporación ha admitido la procedencia excepcional de la acción de tutela contra laudos arbitrales que vulneran las garantías constitucionales de las partes. La Corte ha derivado la excepcional procedencia de la acción de tutela contra laudos arbitrales en el reconocimiento: (...) *que merece la voluntad de las partes de someter sus controversias a la justicia arbitral (...), salvo que se incurra claramente en una vía de hecho en dichas actuaciones, que implique una vulneración de derechos fundamentales*¹².

En suma, para que la acción de tutela resulte procedente frente a una decisión arbitral se requiere:

*(a) que se haya configurado una vía de hecho por el laudo arbitral o en los recursos extraordinarios impuestos, que ciertamente vulnere de manera directa derechos fundamentales*¹³; *(b) que se hayan agotado los recursos previstos para controlar los laudos y a pesar de ello persista una vía de hecho en la decisión que se ataca. En efecto, al juez de tutela no le corresponde entrometerse en el desarrollo de un proceso judicial o arbitral ni mucho menos hacer valoraciones de las decisiones que en cada momento procesal va adoptando el juez correspondiente, salvo ante un evidente error que no hubiere podido enmendarse al interior del propio proceso o que fuere esencial para su resolución.*¹⁴ *Sin embargo, el juez de tutela puede intervenir cuando se constata que no se proveyeron las oportunidades procesales a las partes en condiciones de igualdad, violando así sus derechos fundamentales*¹⁵; y *(c) es aplicable para el efecto, la doctrina de las vías de hecho desarrollada por la jurisprudencia constitucional en relación con las decisiones judiciales en el caso del arbitramento en derecho, atendiendo las especificidades propias de ese tipo de arbitramento.*¹⁶

En vista de la naturaleza jurisdiccional de los laudos arbitrales, la Corte ha extendido la doctrina de los requisitos de procedencia y procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales a las acciones de tutela contra decisiones arbitrales, con atención, por supuesto, a las características propias del proceso arbitral.

4.- De la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Reiteración de Jurisprudencia

causales de anulación aplicables son las previstas en el artículo 38 del Decreto 1279 de 1989 (compiladas en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998). Los jueces de anulación, en todo caso, deben restringir su estudio a las causales específicamente invocadas por los recurrentes, dentro del marco restrictivo fijado por el legislador, ya que el laudo goza de estabilidad jurídica, en la medida en que las partes mismas resolvieron conferir esa potestad al tribunal arbitral.” Los pies de página correspondientes a este extracto fueron omitidos.

12 Sentencia T-443 de 2008. MP Mauricio González Cuervo. En la que la Corte reiteró: “Así, resalta la Corte que el carácter excepcional de la tutela en materia arbitral se refuerza ante (1) la estabilidad jurídica de los laudos arbitrales; (2) el carácter excepcional y transitorio de la resolución de conflictos mediante el arbitraje; (3) el respeto por la voluntad de las partes de someter la resolución de sus controversias a un particular específicamente habilitado para ello y no a los jueces estatales y (4) el respeto por el margen de decisión autónoma de los árbitros, que no ha de ser invadido por el juez de tutela y le impide a éste, pronunciarse directamente sobre el fondo del asunto sometido a arbitramento.”

13 Sentencia SU-058 de 2003. MP Eduardo Montealegre Lynett.

14 Sentencia T-1202 de 2005. MP Alfredo Beltrán Sierra.

15 Sentencia T-1228 de 2003 MP Álvaro Tafur Galvis.

16 Sentencia T-443 de 2008. MP Mauricio González Cuervo.

4.1. El tema relacionado con la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales ha sido abordado por esta Corporación en múltiples ocasiones, por lo que procederá la Sala a reiterar las premisas en que se fundamenta esta posibilidad, y las reglas establecidas para el examen de su procedibilidad en un caso concreto¹⁷.

Según se ha expresado en la jurisprudencia de esta Corte, la tutela contra decisiones judiciales, encuentra un claro fundamento en la implementación de un nuevo modelo de justicia constitucional basado, concretamente, (i) en el carácter normativo y supremo de la Carta Política, que vincula a todos los poderes públicos -C.P. art. 4º-; (ii) en el reconocimiento de la efectividad y primacía de los derechos fundamentales -C.P. arts. 2º y 85-; (iii) en la existencia de la Corte Constitucional, a quien se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Carta Política, y dentro de tal función, la de interpretar el alcance de las normas superiores y proteger los derechos fundamentales -C.P. art. 241-; y (iv) en la posibilidad reconocida a toda persona para promover acción de tutela contra *cualquier autoridad pública*, en defensa de sus derechos fundamentales -C.P: art. 86-¹⁸.

No obstante, ha sido la propia jurisprudencia la que también ha dejado en claro, que la posibilidad de controvertir las providencias judiciales mediante el recurso de amparo constitucional es, en todo caso, de alcance excepcional y restrictivo, en atención a que están de por medio los principios constitucionales de los que se desprende el respeto por la cosa juzgada, la necesidad de preservar la seguridad jurídica, la garantía de la independencia y autonomía de los jueces, y el sometimiento de los conflictos a las competencias ordinarias de estos¹⁹.

Comprensión que, desde luego, encuentra particular sustento en la condición supletiva que el artículo 86 superior le ha atribuido a la acción de tutela, lo que ha llevado justamente a entender que su ejercicio solo sea procedente de manera residual, es decir, cuando no existan otros medios de defensa a los que se pueda acudir, o cuando existiendo éstos, se promueva para precaver la ocurrencia de un perjuicio irremediable²⁰.

En tal virtud, a la acción de tutela no puede admitírsele, bajo ningún motivo, como un medio judicial alternativo, adicional o complementario de los establecidos por la ley para la defensa de los derechos, pues con ella no se busca reemplazar los procesos ordinarios o especiales y, menos aún, desconocer los mecanismos dispuestos en estos procesos para controvertir las

17 Sobre el tema se pueden consultar, entre muchas otras sentencias, las siguientes: SU-014 de 2001; T-705 de 2002; T-949 de 2003; T-774 de 2004; C-590 de 2005; T-565 de 2006; T-661 de 2007; T-249 y T-594 de 2008; T-264, T-425 y T-537 de 2009; T-167, T-105, T-214 y T-285 de 2010 y T-419 de 2011 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

18 Consultar, entre otras, la Sentencia T-217 de 2010 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

19 Sentencia T-233 de 2007 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra).

20 Consultar, entre otras, la Sentencia T-608 de 1998 (MP Vladimiro Naranjo Mesa).

decisiones que se adopten²¹.

Conforme con lo anterior, la tarea inicial de este Tribunal se orientó, principalmente, por la elaboración y fijación de parámetros a partir de los cuales el operador jurídico pudiera identificar aquellos escenarios en los que la acción de tutela resultara procedente para controvertir los posibles defectos de que puedan adolecer las decisiones judiciales, para con ello determinar si hay o no lugar a la protección, excepcional y restrictiva, de los derechos fundamentales por vía del recurso de amparo constitucional²². Y, en efecto, la Corte, partiendo de la necesidad de armonizar intereses constitucionales tales como la autonomía de la actividad jurisdiccional del Estado y la seguridad jurídica, junto con la efectiva prevalencia y eficacia de los derechos fundamentales, ha consolidado una doctrina en torno a los eventos y condiciones para disponer sobre su protección, cuando éstos han resultado ilegítimamente afectados con una decisión judicial²³.

Así las cosas, producto de una labor de sistematización sobre la materia, en las SU-813 de 2007 y SU-811 de 2009, la Sala Plena de la Corte Constitucional, siguiendo los parámetros consignados en la sentencia C-590 de 2005, distinguió entre requisitos generales y causales específicas de procedibilidad.

En cuanto a los primeros, también denominados requisitos formales, debe decirse que son aquellos presupuestos cuyo cumplimiento habilitan al juez de tutela para que pueda entrar a evaluar, en el caso concreto, si se ha presentado alguna causa específica de procedibilidad del amparo constitucional contra una decisión judicial. Dicho de otro modo, son condiciones sin las cuales no sería posible abordar el estudio del fallo objeto de reproche. Ellas son:

- (i) *Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional a la luz de la protección de los derechos fundamentales de las partes.* Exigencia que busca evitar que la acción de tutela se torne en instrumento apto para involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones.
- (ii) *Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial existentes para dirimir la controversia,* salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio *iusfundamental* irremediable.
- (iii) *Que la acción de tutela sea interpuesta en un término razonable* a partir del momento en que se produjo la vulneración o amenaza del derecho fundamental, cumpliendo con el denominado requisito de la inmediatez. Lo anterior, con el objeto de preservar los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica.

21 Sobre el particular, consultar, entre otras, las Sentencias SU-037 de 2009, (M. P. Rodrigo Escobar Gil), T-280 de 2009, T-565 de 2009, T-715 de 2009, T-049 de 2010, T-136 de 2010 y T-524 de 2010 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

22 Consultar, entre otras, la Sentencia T-462 de 2003.

23 Al respecto, consultar, entre otras, la Sentencia T-1275 de 2008.

(iv) *Que si se trata de una irregularidad procesal, esta tenga un efecto determinante en la sentencia que se impugna y que conculque los derechos fundamentales del actor.*

(v) *Que la parte actora haya advertido tal vulneración de sus derechos fundamentales en el trámite del proceso ordinario, siempre que esto hubiere sido posible.*

(vi) *Que no se trate de sentencias proferidas en el trámite de una acción de tutela.* De forma tal, que se evite que las controversias relativas a la protección de los derechos fundamentales se prolonguen de forma indefinida.

Superada la observancia de los anteriores supuestos, el juez debe comprobar que se configura, por lo menos, uno de los requisitos de procedibilidad especiales, o defectos materiales, identificados por la jurisprudencia constitucional y definidos en la misma como las fuentes de vulneración de derechos fundamentales.

La Sala Cuarta de Revisión de esta Corporación tuvo la oportunidad de invocar la jurisprudencia relacionada con estos últimos requisitos de procedibilidad, refiriéndose a los mismos, así:

a. En un defecto orgánico. *El cual se configura cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello. Dicho en otras palabras, tal defecto se estructura en los eventos en que la decisión cuestionada vía tutela, ha sido proferida por un operador jurídico jurídicamente incompetente.*

b. En un defecto procedimental absoluto. *Que se origina cuando el juez ha actuado completamente al margen del procedimiento establecido, es decir, cuando éste se aparta abiertamente y sin justificación válida, de la normatividad procesal que era aplicable al caso concreto. Sobre este defecto, ha expresado la Corte, que al ignorar completamente el procedimiento determinado por la ley, el juez termina dictando una sentencia contraria a derecho, arbitraria, que vulnera derechos fundamentales. No obstante, también la jurisprudencia ha precisado que para configurar el defecto, el desconocimiento del procedimiento debe atender a los siguientes requisitos: (i) debe ser un error trascendente y manifiesto, que afecte de manera grave el derecho al debido proceso y tenga a su vez una influencia directa en la decisión de fondo adoptada; y (ii) y que la deficiencia no resulte atribuible al afectado. (...)*

c. En un defecto fáctico. *Este surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión. Se estructura, entonces, siempre que existan fallas sustanciales en la decisión, que sean atribuibles a deficiencias probatorias del proceso. Según esta Corporación, el fundamento de la intervención del juez de tutela por deficiencias probatorias en el proceso, radica en que, no obstante las amplias facultades discrecionales con que cuenta el juez del proceso para el análisis del material probatorio, éste debe actuar de acuerdo con los principios de la sana crítica, es decir, con base en criterios objetivos y racionales. En ese contexto, La Corte ha explicado que las deficiencias probatorias pueden generarse como consecuencia de: (i) una omisión judicial, como puede ser la falta de práctica y decreto de pruebas conducentes al caso debatido, presentándose una insuficiencia probatoria; (ii) o por vía de una acción positiva, como puede ser la errada interpretación de las pruebas allegadas*

al proceso, o la valoración de pruebas que son nulas de pleno derecho o que son totalmente inconducentes al caso concreto, presentándose, en el primer caso, un defecto por interpretación errónea, y en el segundo, un defecto por ineptitud e ilegalidad de la prueba.

(...)

d. En un defecto sustantivo o material. *Se presenta cuando la decisión judicial adoptada por el juez, desborda el marco de acción que la Constitución y la ley le reconocen, al sustentarse aquella en disposiciones claramente inaplicables al caso concreto. Sobre el particular, esta Corporación ha sostenido, que cuando una decisión judicial se soporta en una norma jurídica manifiestamente equivocada, que la excluye del marco de la juridicidad y de la hermenéutica, aquella pasa a ser una simple manifestación de arbitrariedad, que debe dejarse sin efectos, para lo cual la acción de tutela pasa a ser el mecanismo idóneo y apropiado. Al respecto, ha explicado la Corte que tal situación de arbitrariedad se presenta cuando se aplica: (i) una norma inexistente; (ii) o que ha sido derogada o declarada inexecutable; (iii) o que estando vigente, resulta inconstitucional frente al caso concreto y el funcionario se haya abstenido de aplicar la excepción de inconstitucionalidad; (iv) o que estando vigente y siendo constitucional, la misma es incompatible con la materia objeto de definición judicial.*

f. En error inducido o por consecuencia. *Tiene lugar, en los casos en que el juez o tribunal ha sido víctima de un engaño por parte de terceros, y ese engaño lo conduce a la adopción de una decisión que afecta derechos fundamentales. En estos eventos, la providencia judicial se soporta en hechos o situaciones en cuya realización participan personas obligadas a colaborar con la administración de justicia -autoridades o particulares-, y cuyo manejo irregular induce en error al funcionario judicial, con grave perjuicio para los derechos fundamentales de alguna de las partes o de terceros.*

g. En una decisión sin motivación. *Se configura frente al incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones, en el entendido que, precisamente, en tal motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional y, por tanto, de las providencias que les competen proferir.*

h. En desconocimiento del precedente judicial. *Se presenta en aquellos casos en los cuales la autoridad judicial, a través de sus pronunciamientos, se aparta del precedente jurisprudencial que le resulta aplicable al caso, sin ofrecer un mínimo razonable de argumentación jurídica que justifique tal cambio de jurisprudencia. Ocurre, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado. Se presenta igualmente, cuando el juez del proceso ignora el alcance de una ley, fijado por la Corte Constitucional con efectos erga omnes.*

i. En violación directa de la Constitución. *La misma tiene lugar, entre otros eventos, cuando, amparada en la discrecionalidad interpretativa, la decisión judicial se desborda en perjuicio de los derechos fundamentales de los asociados amparados por la Carta Política²⁴. (Negrilla propia del texto)*

24 Sentencia T-419 de 2011 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

En los términos indicados, para que proceda la acción de tutela contra providencias judiciales, resulta imprescindible: (i) no solo que se cumplan los requisitos generales de procedibilidad, (ii) sino también, que la decisión cuestionada por vía de tutela, haya incurrido en uno o varios de los defectos o vicios específicos, y, finalmente, (iii) que el defecto sea de tal magnitud que implique una lesión o afectación a derechos fundamentales.

De conformidad con lo dicho, pasa esta Sala a verificar si los hechos que se alegan en la presente causa, se enmarcan en el *test* de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales y hacen factible, por consiguiente, la adopción de medidas de protección del derecho fundamental invocado.

4.2 - Cumplimiento de los requisitos generales de procedibilidad en el caso concreto

4.2.1. La Corte ha formulado algunas precisiones sobre cómo deben analizarse estos requisitos teniendo en cuenta las características propias del proceso arbitral. Por ejemplo, en materia de agotamiento de los mecanismos ordinarios y extraordinarios de defensa, la Corte ha considerado que es necesario tener en cuenta que aunque las decisiones de los árbitros son ejercicio de una función jurisdiccional, por expreso mandato legal no están sujetas al trámite de segunda instancia; contra ellas no procede el recurso de apelación.

Además, si bien es cierto que los laudos arbitrales son susceptibles del recurso de homologación en materia laboral, o del recurso de anulación en materia civil, comercial y contencioso administrativa, y que contra la providencia que resuelve el recurso de anulación es procedente el recurso extraordinario de revisión, estos mecanismos no siempre son idóneos para garantizar los derechos fundamentales de las partes, debido a su naturaleza restringida.²⁵ Por esta razón, la Corte ha sostenido que la idoneidad de los mecanismos ordinarios de defensa contra violaciones de derechos fundamentales que tienen lugar en laudos arbitrales debe analizarse en cada caso, teniendo en cuenta los recursos judiciales disponibles y los defectos que se atribuyen al laudo²⁶.

4.2.2. En la línea de las consideraciones plasmadas, encuentra la Corte que en el presente asunto, pueden tenerse como cumplidos los requisitos generales de procedencia establecidos por la jurisprudencia constitucional.

Evidencia la Sala que la cuestión que se debate es, *prima facie*, (i) de indiscutible relevancia constitucional, puesto que se persigue la efectiva protección del derecho fundamental al debido proceso y al trato igual de la CNTV, frente a una actuación del Tribunal de Arbitramento convocado por Producciones JES Ltda.

²⁵ Ver al respecto las sentencias T-244 del 30 de marzo de 2007 y T-058 de 2009.

²⁶ Extracto de la Sentencia T-790 de 2010.

Así mismo, es claro que dentro del trámite arbitral, *(ii)* el accionante agotó todos los medios ordinarios de defensa que tenía a su disposición para procurar la salvaguarda de la prerrogativa *iusfundamental* que estima vulnerada. En efecto, el recurso de anulación ante el Consejo de Estado se encuentra agotado y frente al recurso de revisión, la Sala advierte que las pretensiones alegadas no se subsumen dentro de las causales de procedencia del recurso extraordinario de revisión contra laudos arbitrales, previstas en el artículo 380 del Código de Procedimiento Civil. Además, esta Corporación ha precisado que **el recurso extraordinario de revisión no es un mecanismo idóneo ni eficaz para lograr la protección de los derechos fundamentales de las partes en el marco de los procesos arbitrales**²⁷.

De igual manera, la Sala advierte que *(iii)* se cumple el requisito de inmediatez, toda vez que **la acción de tutela es presentada**²⁸ a los nueve (9) meses de dictado el laudo arbitral²⁹ y su aclaratorio³⁰ y **habiendo transcurrido poco menos de un (1) mes** de proferida la sentencia que resuelve el recurso de anulación³¹ que, en últimas, es la fecha a partir de la cual se define su procedibilidad.

En el caso objeto de estudio, *(iv)* se trata presuntamente de ciertas irregularidades procesales, lo cual podría tener incidencia en la decisión consignada en la providencia reprochada (laudo arbitral) y *(v)* la parte actora identificó de manera razonable los derechos vulnerados y los hechos que generaron la violación,³² entre otros, el desconocimiento del precedente judicial sentado por el Consejo de Estado. Además, se encuentra probado dentro del expediente que la entidad tutelante alegó, oportunamente, dentro del proceso arbitral, los defectos que atribuye al laudo arbitral. Por último, *(vi)* no se trata de una acción de tutela contra un fallo de tutela.

Ahora bien, para poder determinar el cumplimiento de las causales específicas de procedencia es necesario analizar la situación fáctica del asunto bajo estudio.

5.- Situación fáctica demostrada en el expediente

Del acervo probatorio que obra en el expediente, se coligen los siguientes hechos:

27 Corte Constitucional, Ibidem.

28 15 de abril de 2011.

29 24 de junio de 2010.

30 7 de julio de 2010.

31 10 de marzo de 2010.

32 A este respecto, en la Sentencia T-1222 de 2005, recordó la Corte que en las acciones de tutela contra providencias judiciales, el accionante tiene la carga de señalar claramente “los hechos en los cuales se fundamenta su petición y los derechos fundamentales que considera violados. Si no lo hace y la violación no aparece de manera evidente o manifiesta, el juez queda relevado de estudiar en detalle el expediente judicial y puede proceder a declarar la improcedencia de la acción. Así mismo, cuando el actor reduce el cargo a un tipo de violación – por ejemplo violación de la Constitución por tratarse de una vía de hecho material – el juez, salvo evidencia en otro sentido, puede contraer su estudio a dicho cargo, sin que resulte necesario que verifique en detalle si no existe en el expediente respectivo algún otro vicio o defecto que pueda comprometer la decisión judicial”.

- Entre la CNTV (persona jurídica de derecho público) y Producciones JES Ltda. (sociedad comercial) se suscribió el contrato N° 129 del 24 de noviembre de 1997 para la utilización y explotación (concesión) de espacios de televisión en la Cadena UNO, con un plazo de ejecución de seis (6) años comprendidos entre el 1° de enero de 1998 y el 31 de diciembre de 2003.

El pacto arbitral que sirvió de fundamento al laudo arbitral objeto de este proceso se encuentra en la cláusula vigésimo tercera del referido contrato, que reza:

*VIGESIMA TERCERA - COMPROMISORIA. Toda controversia o diferencia relativa a este contrato y a su ejecución y liquidación, se resolverá por un Tribunal de Arbitramento, que se sujetará a lo dispuesto en las leyes vigentes sobre la materia y en el Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Santa Fe de Bogotá, lugar en el cual funcionará y tendrá su sede el Tribunal de acuerdo con las siguientes reglas: a. El Tribunal estará integrado por tres (3) árbitros designados de común acuerdo por las partes; b. La organización interna del Tribunal se sujetará a las reglas previstas para el efecto por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Santa Fe de Bogotá; c. El Tribunal decidirá en derecho. En ningún caso se someterán al Tribunal las causales y los efectos de la cláusula de caducidad.*³³

- Mediante comunicación con radicado 73550 del 6 de septiembre de 2000, haciendo uso de la facultad consagrada en el artículo 17 de la ley 335 de 1996³⁴, Producciones JES Ltda. manifestó su deseo de renunciar a la concesión del espacio de televisión, sin realizar reclamación o salvedad alguna. Solo declaró que la mala situación de la programadora obedece a la entrada en actividad de los canales privados; expuso, en términos generales, que *la situación económica ha afectado la industria de la televisión*.

- Mediante la Resolución N° 0844 del 20 de septiembre de 2000, la CNTV aceptó la renuncia presentada por Producciones JES Ltda., siendo efectiva a partir del 21 de septiembre de 2000; dio por terminado el contrato de concesión N° 129 de 1997; detalló las obligaciones pendientes de pago (\$108'667.178 M/L) por parte de la sociedad Producciones JES Ltda., junto con su forma de pago; y ordenó su liquidación. Contra este acto no se presentaron los recursos de ley procedentes. Allí se resolvió en su artículo cuarto:

Ordenar la liquidación final del contrato de que trata la presente resolución. La liquidación deberá incluir, previos los estudios pertinentes, el monto de los

³³ Ver folio 142 del cuaderno 1 del expediente T-3.155.442.

³⁴ Artículo 17. Con el objeto de establecer la real y efectiva igualdad de condiciones para los concesionarios y los operadores del servicio público de televisión en los distintos niveles de cubrimiento territorial, en cumplimiento de los principios constitucionales de igualdad ante la ley y en el acceso al espectro electromagnético, la Comisión Nacional de Televisión abrirá licitación pública para la adjudicación de los espacios de televisión pública, seis (6) meses antes de sus respectivos vencimientos.

Los concesionarios de espacios de televisión con contratos vigentes, tendrán la facultad de renunciar a la concesión que les ha sido otorgada y proceder a la terminación anticipada de los contratos sin que haya lugar a indemnización alguna por este concepto. Los espacios respectivos serán adjudicados mediante licitación pública que abrirá la Comisión Nacional de Televisión, dentro de los tres (3) meses siguientes a dichas renunciaciones, si se dieran. (Texto Subrayado Declarado EXEQUIBLE condicional por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-200 de 1998).

*perjuicios causados a la Comisión Nacional de Televisión si a ello hubiere lugar, así como todas las obligaciones pendientes de pago y las que se causen hasta la ejecutoria del presente acto administrativo derivadas del contrato 129 de 1997.*³⁵

- La sociedad dejó de pagar dos cuotas de las previstas en la resolución anterior y, mediante comunicación con radicado 84466 del 17 de abril de 2001, propuso cancelar el valor adeudado a través de la figura jurídica de la dación en pago.

Como consecuencia, el 14 de febrero de 2002, se suscribió un acuerdo de pagos mediante la figura de “Dación en Pago”, mediante el cual la sociedad transfirió el dominio de ciertos bienes inmuebles, a efectos de extinguir las obligaciones con la CNTV, por valor de \$143’031.868 M/L.

- Mediante acta N° 48 del 5 de septiembre de 2002, el Contrato N° 129 de 1997 fue liquidado de común acuerdo, sin que se hiciera salvedad alguna frente al presunto desequilibrio económico sufrido por la convocada. Allí se contempló la forma cómo debía ser cancelado el *saldo pendiente por pagar en desarrollo del acuerdo de pagos suscrito el 14 de febrero de 2002, con corte al 24 de julio de 2002*³⁶ correspondiente a \$103’300.793 M/L.

- Mediante comunicación con radicado 14715 del 9 de septiembre de 2002, la sociedad propuso extinguir las obligaciones derivadas del *acuerdo de pagos* del 14 de febrero de 2002, a través de la dación en pago de los derechos de transmisión y explotación de unos programas de televisión.

Consecuentemente, el 20 de febrero de 2003, las partes suscriben un segundo acuerdo de “Dación en Pago” por el saldo final de \$92’332.498 M/L. Allí se dispuso, entre otras cláusulas, las siguientes:

(...)

CLAUSULA TERCERA: EXTINCIÓN DE LA DEUDA DEL ACUERDO DE PAGOS: *Con la cesión de los derechos de explotación y transmisión por término indefinido se entienden extinguidas las deudas por el valor que a la fecha de suscripción del presente acuerdo tenga la sociedad PRODUCCIONES JES LTDA. esto es la suma de \$92.332.498, derivadas del acuerdo de pagos suscrito el 14 de febrero de 2002.*

(...)

CLÁUSULA DUODECIMA: *En todo caso PRODUCCIONES JES LTDA. no podrá exigir pago por ningún concepto por la explotación y transmisión de los programas para estos efectos cedidos y renuncia a realizar cualquier reclamación civil administrativa por este concepto.*

(...)

CLÁUSULA DECIMA CUARTA: *el presente acuerdo de dación en pago se circunscribe a la cancelación de las obligaciones pendientes de pago correspondientes a las tarifas de los espacios concesionados a PRODUCCIONES JES LTDA y al acuerdo de pagos suscrito con LA COMISIÓN el 14 de febrero de 2002, de acuerdo con la liquidación efectuada por LA COMISIÓN, con sus*

35 Ver folio 49 del cuaderno 1 del expediente T-3.155.442.

36 Ver folio 55 del cuaderno 1 del expediente T-3.155.442.

correspondientes intereses corrientes y moratorios. En ningún caso este acuerdo se refiere, modifica, vulnera o constituye reconocimiento a las pretensiones, al reestablecimiento [sic] del equilibrio económico durante la ejecución del contrato N° 129 de 1997 que eventualmente pudieran presentarse por PRODUCCIONES JES LTDA en Tribunal de Arbitramento que cualquiera de las partes convoque.

PARÁGRAFO: *En caso que LA COMISIÓN resultare condenada a pagar sumas de dinero en efectivo, con ocasión de cualquier reclamación judicial, extrajudicial o arbitral que llegare a efectuar PRODUCCIONES JES LTDA, esta última se obliga a recibir en pago los derechos de transmisión y explotación de los programas de televisión cedidos en virtud del presente contrato, por lo que LA COMISIÓN podrá restituir total o parcialmente el material entregado.*³⁷ (Negrilla fuera de texto)

- El dos (2) de septiembre de 2004 la empresa Producciones JES Ltda. presentó ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá demanda arbitral contra la CNTV, con el fin de obtener la constitución de un Tribunal de Arbitramento con la pretensión principal de (i) que se declare la ruptura de la ecuación económica-financiera del contrato N° 129 de 1997 y, en consecuencia, (ii) el pago de los dineros que por ese concepto resulten acreditadas. Así mismo, (iii) que se declare que el acta de liquidación N° 48 de 2002 no incluyó los ajustes, revisiones y reconocimientos a que había lugar, ni los acuerdos, conciliaciones o transacciones de las partes por diferencias presentadas durante la ejecución del contrato, con ocasión de la renuncia del concesionario a los espacios de televisión por causas imputables a la CNTV. Las pretensiones incorporadas en la demanda, textualmente, son:

1. Principalmente: *A) Declarar que durante los años 1998, 1999 y 2000 se presentó la ruptura de la ecuación económico-financiera de la relación contractual, y por tanto el desequilibrio económico del Contrato de concesión de Espacios de Televisión N° 129 de noviembre 24 de 1997, suscrito entre PRODUCCIONES JES LTDA. y LA COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN, por hechos y circunstancias imprevistos, imprevisibles y ajenos para LA DEMANDANTE, que determinaron el desarrollo y ejecución del contrato citado en desequilibrio que debe ser restablecido según los resultados de este proceso arbitral. B) En consecuencia, se ordene el pago a favor de la DEMANDANTE y a cargo de la COMISIÓN, de las cantidades de dinero que por ese concepto resulten probadas o acreditadas en este proceso y se disponga su reajuste o actualización en la forma propuesta o que considere el Tribunal y de conformidad con la Ley 80 de 1993, artículos 4 y 27; ley 446 de 1998, artículo 16, y demás normas concordantes y complementarias.*

2. Subsidiariamente: *A) Declarar el incumplimiento de LA COMISIÓN DEMANDADA en relación con el Contrato de concesión de Espacios de Televisión N° 129 de noviembre 24 de 1997, suscrito entre las partes. B) Condenar a la DEMANDADA al pago de los perjuicios causados por este concepto y conforme a las cuantías que se determinen en este proceso, junto con la condena en costas correspondiente.*

3. En todo caso: *A) Declarar que el acto de liquidación contenido en el Acta número 48 del 05 de septiembre de 2002 suscrito por la COMISIÓN y el*

³⁷ Ver folios 49 y 50 del cuaderno principal del expediente T-3.155.442.

concesionario DEMANDANTE no incluyó los ajustes, revisiones y reconocimientos a que había lugar, ni los acuerdos, conciliaciones o transacciones de las partes por las diferencias presentadas durante la ejecución del contrato de conformidad con lo pactado en la cláusula vigésima del mismo y con ocasión de la renuncia del CONCESIONARIO a los espacios de televisión por causas imputables a LA COMISIÓN y la situación económica que afectó al sector de la televisión y al país, a fin de que se reparen los perjuicios a LA DEMANDANTE e imputables a la COMISIÓN. B) Condenar a LA DEMANDADA al pago de los perjuicios y daños que resulten probados y cuantificado en este proceso por causa de la renuncia citada provocada por la DEMANDADA. C) Condenar a la DEMANDADA al pago de los perjuicios y daños causados o imputables a LA DEMANDADA a partir de la renuncia del contrato de concesión de espacios de televisión y la liquidación del contrato correspondiente, ordenada por la COMISIÓN. D) Condenar a LA DEMANDADA al pago de las costas y gastos de este proceso.

- El 22 de octubre de 2004, se dio inicio a la reunión de nombramiento de árbitros ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. La designación de los mismos no fue posible debido a que no existió acuerdo entre las partes, por lo que la parte convocante solicitó acudir ante juez civil del circuito para los fines pertinentes. En efecto, *ante la negativa de la Comisión Nacional de Televisión de nombrar de común acuerdo el mencionado tribunal, toda vez que para dicha institución el asunto ya se había cancelado completamente entre las partes y el contrato ya había dejado de existir para todos los efectos legales*, el Juzgado 28 civil del Circuito de Bogotá designó los árbitros en audiencia del 20 de mayo de 2008.

- El 1º de diciembre de 2008, se cumplió con la audiencia de instalación del Tribunal de Arbitramento y, en consecuencia, a través del Auto N° 1 se declaró *legalmente instalado el Tribunal Arbitral constituido para dirimir en derecho las controversias surgidas entre PRODUCCIONES JES LIMITADA, como parte convocante, y la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN, como parte convocada*. Así mismo decidió admitir (...) *la demanda presentada por PRODUCCIONES JES LIMITADA en contra de LA COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN, sin perjuicio de lo que decida el Tribunal sobre su propia competencia en la primera audiencia de trámite.*³⁸

- La CNTV presentó recurso contra el citado auto, el 5 de diciembre de 2008, argumentando (i) que por la vía arbitral no es posible tramitar ni resolver sobre la legalidad de los actos administrativos; (ii) que el objeto de la controversia no se encontraría comprendido por la cláusula compromisoria y (iii) que no se han cumplido los requisitos previos a la invocación de la vía arbitral. El Tribunal de Arbitramento, a través del Auto N° 2 del 26 de enero de 2009, confirmó el Auto N° 1 en todas sus partes y fijó el 19 de febrero de 2009 como fecha para próxima audiencia. Allí aclaró que *el Tribunal procederá a decidir sobre su competencia en la debida oportunidad*

38 Ver folio 91 del cuaderno 1 del expediente T-3.155.442.

*procesal*³⁹, la cual es la Primera Audiencia de Trámite, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 147 del Decreto 1818 de 1998.

- Mediante Auto N° 3 del 19 de febrero de 2009, el Tribunal de Arbitramento fijó el 5 de marzo de 2009 como fecha para la Audiencia de Conciliación. Así mismo, dejó constancia sobre el escrito presentado por el apoderado de la CNTV en el que pone de manifiesto la circunstancia sobre el presunto nombramiento inexistente y posesión irregular del tercer árbitro Hernando Herrera Mercado y manifestó que se deberán adoptar medidas de saneamiento para evitar nulidades y sentencias inhibitorias, a lo que se procederá en la debida oportunidad procesal que es la Audiencia de Conciliación.
- En audiencia celebrada el 5 de marzo de 2009, los restantes miembros del Tribunal de Arbitramento proponen a las partes ratificar al abogado Hernando Herrera Mercado como nuevo árbitro, con el fin de evitar dilaciones en la integración del Tribunal. El representante legal de Producciones JES Ltda. manifestó estar de acuerdo en ratificar su nombramiento. El apoderado de la CNTV solicitó la nulidad de lo actuado y manifestó no estar autorizado para ratificar o nombrar nuevo árbitro. Con el propósito de nombrar tercer árbitro y continuar con el trámite, se citó a audiencia para el 18 de marzo de 2009.
- El 18 de marzo de 2009, el representante legal de la CNTV radicó escrito en el cual ratificó la designación como árbitro del Tribunal al abogado Hernando Herrera Mercado. Así las cosas, el Tribunal de Arbitramento, mediante Auto N° 4 del 18 de marzo de 2009, dejó constancia que el abogado Herrera Mercado aceptó su designación y fijó el 15 de abril como fecha para celebrar la Audiencia de Conciliación y Saneamiento. Por solicitud de la parte convocada, se fijó nueva fecha para la audiencia de conciliación.
- El juez 28 Civil del Circuito de Bogotá en comunicación dirigida al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio, oficio 0937 del 26 de marzo de 2009, manifestó que las personas designadas como árbitros del Tribunal de Arbitramento son Carmenza Mejía Martínez, Enrique Laverde Gutiérrez y Hernando Herrera Vergara, *para que tome las medidas a que haya lugar*⁴⁰. El apoderado de la CNTV, explicó las circunstancias descritas y solicita la nulidad de la designación del Tribunal de Arbitramento o, en su defecto, la nulidad de las actuaciones surtidas por el Tribunal antes del 18 de marzo de 2009⁴¹.
- El 18 de mayo de 2009, se llevó a cabo audiencia en la que *encontrándose ya debidamente integrado el Tribunal, habiendo sido nombrados los árbitros conforme a derecho y en aras de evitar cualquier eventual nulidad de las*

39 Ver folio 94 del cuaderno 1 del expediente T-3.155.442.

40 Ver folio 62 del cuaderno 1 del expediente T-3.155.442.

41 Ver folios 67 al 73 del cuaderno 1 del expediente T-3.155.442.

*actuaciones realizadas con anterioridad*⁴² se decidió: (i) confirmar su instalación y la designación de Presidente y Secretario; (ii) declarar la nulidad de las decisiones tomadas a partir del Auto N°1 de 1° de diciembre de 2008; (iii) admitir la demanda; (iv) ordenar la notificación personal; (v) correr traslado de la demanda y sus anexos por diez días; (vi) ordenar que el traslado de las excepciones de mérito sea por cinco días y (vii) fijar nueva fecha para llevar a cabo Audiencia de Conciliación y Saneamiento.

▪ La contestación a la demanda fue presentada oportunamente, el 1° de junio de 2009, por el apoderado de la CNTV. El referido escrito contiene excepciones previas y de fondo, resumidas así:

➤ Caducidad de la acción: al momento de presentar la demanda arbitral (1° de diciembre de 2008) habían transcurrido seis (6) años desde que se suscribió el acta de liquidación del contrato (5 de septiembre de 2002).

➤ Liquidación del contrato y transacción: la liquidación del Contrato 129 de 1997 fue de común acuerdo, obligándose Producciones JES a cancelar una suma adeudada, para lo cual pactaron las figuras de “dación en pago”.

➤ Falta de competencia: la cláusula compromisoria se encuentra contenida en el Contrato 129 de 1997, el cual no se encontraba en ejecución, habiéndose surtido la etapa de liquidación de mutuo acuerdo, mediante acta sin salvedades o inconformidades por parte de producciones JES.

➤ Improcedencia de la solicitud de ruptura de la ecuación financiera y desequilibrio económico del contrato 129 de 1997: al momento en que se presentaron vicisitudes de carácter económico dentro de la relación contractual, la CNTV tomó medidas conducentes a procurar el cumplimiento del objeto.

➤ La CNTV no incumplió el contrato, Producciones JES renunció, en aplicación de la cláusula vigésima sexta del Contrato de concesión 129 de 1997, que reza:

RENUNCIA. El concesionario tendrá la facultad de renunciar a este contrato y proceder a su terminación anticipada sin que haya lugar a indemnización alguna por este concepto.

➤ *Venire contra factum proprium non valet* - Doctrina de los actos propios: las partes acordaron la liquidación bilateral de común acuerdo y el concesionario la suscribió sin reparos, por lo que no puede pretender desconocer su expresión autónoma de voluntad.

42 Laudo Arbitral, Tribunal de Arbitraje Producciones JES Limitada Vs. Comisión Nacional de Televisión (Pág. 4). Ver folio 144 del cuaderno 1 del expediente T-3.155.442.

- Del acta de liquidación del Contrato 129 de 1997: el acta de liquidación del 5 de septiembre de 2002 contiene todos y cada uno de los otrosíes, arreglos y convenios celebrados entre producciones JES y la CNTV, en virtud de la celebración del contrato de concesión referido.
- Efectos de la liquidación: explica la CNTV que, según la jurisprudencia del Consejo de Estado, el acto de liquidación (que no contenga observaciones o reservas expresas a favor del contratista) constituye un verdadero *paz y salvo* entre las partes y, por consiguiente, la culminación total de la relación contractual.
- El 26 de agosto de 2009, se llevó a cabo la Primera Audiencia de trámite del Tribunal de Arbitramento convocado por Producciones JES Ltda. contra la CNTV, por lo que se decretaron las pruebas pertinentes. El Tribunal aclaró que, de conformidad con el artículo 141 del Decreto 1818 de 1998, en el proceso arbitral no proceden las excepciones previas, *razón por la cual las excepciones formuladas con tal carácter no serán resueltas por el Tribunal de manera anticipada y se decidirán, junto con las planteadas como excepciones de fondo, en el laudo*⁴³.

Sin embargo, como lo relativo a la competencia del Tribunal debe ser examinado y decidido en la primera Audiencia de Trámite, por expresa disposición legal (Art. 24 Dec. 2279 de 1989), el Tribunal realizó las siguientes precisiones:

Mediante el pacto arbitral celebrado por las partes éstas dotaron de jurisdicción a los árbitros para decidir con efectos de cosa juzgada el litigio que las convoca. La competencia que deviene de esa atribución de jurisdicción otorgada por ellas y autorizada por la Constitución Política, se refiere, desde el punto de vista objetivo, al ámbito de materias que pueden ser decididas por la jurisdicción arbitral del cual en principio solo están excluidos, como se ha dicho, aquellos asuntos que no sean transigibles o sobre los cuales las partes no tengan derecho a disponer. La otra limitación al ámbito de competencia del Tribunal Arbitral en ejercicio de su función jurisdiccional estaría dada por las partes en el marco del pacto que en tal sentido hayan impuesto.

Al examinar la cláusula compromisoria del Contrato de Concesión de Espacios de Televisión firmado el 24 de noviembre de 1997, se encuentra que las partes habilitaron a los árbitros para resolver “Toda controversia o diferencia relativa a este contrato y a su ejecución y liquidación”, con la única limitación acerca de que “En ningún caso se someterán al Tribunal las causales y los efectos de la cláusula de caducidad”.

Así las cosas, es necesario precisar que las pretensiones de la demanda en el presente caso y las excepciones formuladas en su contestación, se refieren a circunstancias que se encuentran claramente comprendidas dentro del objeto de la cláusula compromisoria que, por voluntad expresa de las partes, le confiere jurisdicción al Tribunal Arbitral para decidir sobre las desavenencias materia del

43 Acta No. 17 proferida por el Tribunal de Arbitraje Producciones JES Limitada Vs. Comisión Nacional de Televisión. Ver folio 39 del cuaderno principal del expediente T-3.155.442.

*presente proceso y se enmarcan dentro del campo de competencia establecida en la ley y en el pacto que aquellas celebraron. Las mismas han quedado circunscritas a las contenidas en el escrito de demanda de la convocante, y en el de su contestación presentada por la convocada el 1 de junio de 2009 y los escritos adicionales de las partes a partir del 18 de marzo de 2009 en que quedó debidamente integrado el Tribunal.*⁴⁴

En consecuencia, el Tribunal de Arbitramento resolvió [d]eclararse competente para conocer y resolver los asuntos sustanciales sometidos a su análisis y contenidos en la demanda, la contestación de la demanda y los escritos adicionales presentados por las partes⁴⁵.

- El 24 de junio de 2010, el Tribunal de Arbitramento declaró la ruptura de la ecuación económico-financiera de la relación contractual y, por tanto, el desequilibrio económico del Contrato de Concesión de Espacios de Televisión N° 129 de 1997, suscrito entre la CNTV y Producciones JES Ltda. En consecuencia, condenó a la CNTV a pagar a Producciones JES Ltda. la suma de \$5.596'363.417, a título de restablecimiento del equilibrio de la ecuación económica del referido contrato.

- El 1° de julio de 2010, la CNTV presentó solicitud de adición y aclaración del Laudo Arbitral, por considerar que existían graves inconsistencias e incongruencias en la parte resolutive, cuyos puntos más relevantes son:

- Indicar cuáles son los supuestos fácticos y jurídicos que permiten que el Tribunal se haya apartado de la jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado que establece que *el hecho de que al momento de la liquidación final del contrato el contratista no haya reclamado o dejado salvedad en relación con aquellos conceptos que consideraba insolutos, le impide demandar a través de un proceso judicial su reconocimiento.*

- Indicar el supuesto jurídico que permite al Tribunal tener competencia para pronunciarse sobre la validez del acta de liquidación del 5 de septiembre de 2002, en contravía con la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado.

- Aclarar los supuestos sobre el material probatorio dentro del proceso arbitral, según el cual el Tribunal tomó el concepto de *Ingresos por actividades de radio y televisión - comerciales* de los estados financieros de Producciones JES Ltda. como sustento probatorio para condenar a la CNTV, *sin que se observe que se hiciera una discriminación de los ingresos por concepto de TELEVISIÓN que es el concepto que nos ocupa, según el objeto del contrato 129 de 1997, sino que, por el contrario, el Tribunal tomó el monto total indicado en los Estados Financieros, es decir, por concepto de RADIO, TELEVISIÓN Y COMERCIALES, lo que matemáticamente lleva a una*

⁴⁴ Ibídem. Ver folio 41 del cuaderno principal del expediente T-3.155.442.

⁴⁵ Ibídem.

SOBREVALORACION de los supuestos perjuicios ocasionados en ejecución del contrato 129 del 24 de noviembre de 1997 suscrito por las partes y, por consiguiente, un gravísimo error de la parte resolutive del laudo arbitral.

- Mediante Laudo Aclaratorio del 7 de julio de 2010, el Tribunal de Arbitramento decidió denegar las solicitudes de corrección y complementación por considerarlos improcedentes. Al respecto, precisó:

Se advierte, en primer lugar, que bajo la apariencia de solicitud de adición y aclaración del laudo, el apoderado de la CNTV pretende provocar nuevos pronunciamientos de los árbitros a partir de premisas inexactas y de atribuir al Tribunal consideraciones y decisiones que no hizo, en una reprochable conducta procesal que el Tribunal censura.

- El 20 de septiembre de 2010, la CNTV interpuso recurso de anulación contra el laudo arbitral y su aclaratorio ante la sección tercera del Consejo de Estado, invocando las siguientes causales del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989:

➤ Art.38 (...) 6. Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo: Expuso que la decisión proferida por el Tribunal de Arbitramento es abiertamente contraria al derecho positivo vigente y a la reiterada y unificada jurisprudencia del Consejo de Estado, en relación con el tema de la obligación que tiene el contratista de dejar las salvedades en el Acta de Liquidación Bilateral del Contrato. En este caso, las partes suscribieron Acta de Liquidación de Común Acuerdo el día 5 de septiembre de 2002 en la que no se hizo salvedad alguna frente al presunto desequilibrio económico sufrido por la convocada.

➤ Art.38 (...) 7. Contener la parte resolutive del laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorias, siempre que se hayan alegado oportunamente ante el tribunal de arbitramento: Por un lado, manifestó que se presentó un error al tasar la condena, al ignorar que los rubros presentados en los estados financieros no solo incluyen las actividades de televisión sino que además incluye *INGRESOS OPERACIONALES* por concepto de las actividades desarrolladas por el concesionario en radio y comerciales, las cuales son totalmente ajenas a las pretensiones de la demanda arbitral y, por otro lado, adujo la existencia de cinco (5) contradicciones en la parte resolutive y motiva del laudo arbitral.

➤ Art.38 (...) 8. Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido: Explicó que frente a los límites de los Tribunales de Arbitramento sobre los actos administrativos que se profieran con ocasión de la actividad contractual, el Consejo de Estado ha reiterado la incompetencia de los árbitros para pronunciarse sobre su legalidad así como de los efectos directos que se

desprendan de los mismos, es decir, que existe incompetencia del Tribunal de Arbitramento convocado para pronunciarse sobre la validez del acta de liquidación y sus efectos.

Por todo lo expuesto, concluyó que el acta de liquidación de común acuerdo, suscrita por las partes el 5 de septiembre de 2002, (i) goza de plena validez y no ha sido declarada nula por la jurisdicción competente; (ii) que la convocante no alegó ni probó vicios de consentimiento para su suscripción; (iii) que Producciones JES Ltda. no dejó salvedades ni constancia de reclamaciones con respecto al presunto desequilibrio económico sufrido durante la ejecución del contrato 129 de 1997.

▪ Mediante sentencia del 10 de marzo de 2011, el Consejo de Estado declaró infundados los cargos propuestos en el recurso de anulación por no encajar en las causales. Al respecto, consideró que las causales invocadas no están llamadas a prosperar por lo siguiente:

➤ Art.38 (...) 6. Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo:

Explicó que para que se configure un fallo en conciencia *se requiere que las decisiones correspondientes se adopten con total prescindencia de las reglas de derecho, sin efectuar razonamiento alguno, (...) teniendo en cuenta, además, que la ausencia de fundamento normativo alude también al aspecto probatorio del fallo*⁴⁶. Específicamente, en cuanto a la pretensión tendiente a la declaratoria y restablecimiento del equilibrio económico del contrato, el Consejo de Estado precisó que *el Tribunal sí valoró las pruebas allegadas y practicadas dentro del trámite arbitral y a partir de las mismas tomó las decisiones*, distinto es que la CNTV no esté de acuerdo con tales valoraciones y conclusiones.

De otra parte, la citada Corporación advierte que en la legislación aplicable al recurso extraordinario de anulación contra laudos arbitrales no se encuentra norma jurídica alguna que señale efectos o consecuencias jurídicas frente a eventos en los cuales el Tribunal de Arbitramento llegare a apartarse de la jurisprudencia elaborada por el Consejo de Estado y *menos aún tal circunstancia ha sido legalmente prevista como causal de anulación del respectivo laudo*.

➤ Art.38 (...) 7. Contener la parte resolutive del laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorias, siempre que se hayan alegado oportunamente ante el tribunal de arbitramento:

Encontró la sala de lo contencioso administrativo que la CNTV no solicitó al Tribunal de Arbitramento *la corrección de un error aritmético contenido en alguna de la disposiciones de la parte resolutive el laudo*,

46 Ver folio 321 del cuaderno 1 del expediente T-3.155.442.

sino que cuestionó en este punto la parte motiva del laudo con el propósito de obtener claridad sobre las valoraciones y análisis que hicieron los árbitros respecto de los estados financieros de la convocante.

➤ Art.38 (...) 8. Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido:

En este punto, advierte que no es posible atribuir al acta de liquidación bilateral de un contrato la naturaleza jurídica de acto administrativo y, de otra parte, corresponde precisar que ninguna de las pretensiones formuladas en la demanda arbitral tuvo como elemento central de análisis un acto administrativo; (...)⁴⁷. Estima que según lo acordado en la cláusula compromisoria, la competencia del Tribunal de Arbitramento resultaba suficientemente general y amplia, por lo cual la declaratoria del equilibrio económico del contrato y su consecuente restablecimiento sí constituye materia transigible⁴⁸.

6.- Competencia de los Tribunales de Arbitramento y la naturaleza jurisdiccional de sus pronunciamientos

6.1. La Constitución de 1991 facultó expresamente a los particulares para administrar justicia en forma transitoria en calidad de árbitros o conciliadores, con la capacidad de dictar fallos en derecho o equidad cuando las partes involucradas en el conflicto así lo dispongan y según las prescripciones señaladas por la ley, como una forma no solo de descongestionar los despachos judiciales sino de lograr que en forma pacífica las partes pongan fin a sus controversias⁴⁹.

El arbitramento como mecanismo alternativo de solución de conflictos, implica la derogación que hacen las partes de la jurisdicción para que, frente a un conflicto determinado o precavido para el futuro, sean terceros distintos de los jueces quienes resuelvan la controversia suscitada (con carácter definitivo), mediante una decisión -laudo arbitral- que hace tránsito a cosa juzgada, al igual que las decisiones de los jueces de la República, tal como se explicó en el numeral 3.1. de los fundamentos jurídicos de este fallo.

6.2. Con el fin de explicar mejor la discusión sobre la competencia con que cuentan los tribunales de arbitramento para dirimir conflictos surgidos en los contratos estatales en los que intervienen uno o más actos administrativos, es

⁴⁷ Ver folio 333 del cuaderno 1 del expediente T-3.155.442.

⁴⁸ *Ibíd.*

⁴⁹ Sentencia 1436 de 2000. “En términos generales, el Constituyente dejó en cabeza del legislador, la facultad de desarrollar los institutos de la conciliación y el arbitramento, como mecanismos alternos de solución de conflictos, teniendo como único parámetro, el conservar la orientación, los principios y valores que inspiran la Carta fundamental”.

necesario hacer un análisis sobre los antecedentes constitucionales y legislativos⁵⁰ en esta materia.

La posibilidad de que el Estado o entidades oficiales hagan uso del arbitraje para dirimir los conflictos que se presenten entre ellas o con los particulares tiene punto de partida en la Ley 4ª de 1964. Esta norma dispuso que la Nación, los institutos, las empresas o establecimientos públicos descentralizados y demás entidades oficiales o semioficiales quedaran facultados *para someter a arbitramento, en los términos de la Ley 2ª de 1938, las diferencias que se presenten con los contratistas* (art. 13). La Ley 36 de 1966 autorizó la inclusión de la cláusula arbitral en los contratos administrativos. Luego, el Decreto 150 de 1976 reguló en forma orgánica la contratación administrativa y en el artículo 66 dispuso que se podrá someter a *la decisión de árbitros nacionales las diferencias que se susciten con relación al contrato estatal, que el fallo será siempre en derecho y que la aplicación de la cláusula de caducidad y sus efectos no serán susceptibles de decisión arbitral*. El Decreto 222 de 1983 derogó el Decreto 150 de 1976, definió los nuevos principios en los contratos administrativos e introdujo reformas al régimen de contratación administrativa y en su artículo 76 estableció la cláusula arbitral para los contratos administrativos bajo términos similares a la disposición derogada. La ley 80 de 1993 adoptó el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y derogó el Decreto Ley 2248 de 1972, la Ley 19 de 1982, el Decreto 222 de 1983, el Decreto Ley 591 de 1991, Decreto Ley 1684 de 1991, el Decreto 700 de 1992 (las normas sobre contratación allí contenidas) y las normas que le sean contrarias.⁵¹

Puntualmente, el artículo 96 de la Ley 23 de 1991 (derogado por la Ley 446 de 1998) introdujo el concepto de lo *transigible* como presupuesto para que una materia sea arbitrable. Por su parte, la **Ley 446 de 1998** contempla:

ARTICULO 111. <Incorporado en el Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, artículo 115.> El artículo 1º del Decreto 2279 de 1989, quedará así:

*Artículo 1º.- El arbitraje es un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de **carácter transigible**, defieren su solución a un tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral.*

El arbitraje puede ser en derecho, en equidad o técnico. El arbitraje en derecho es aquel en el cual los árbitros fundamentan su decisión en el derecho positivo vigente. En este evento el Árbitro deberá ser Abogado inscrito. El arbitraje en equidad es aquel en que los árbitros deciden según el sentido común y la equidad. Cuando los árbitros pronuncian su fallo en razón de sus específicos conocimientos en una determinada ciencia, arte u oficio, el arbitraje es técnico.

PARAGRAFO. En la cláusula compromisoria o en el compromiso, las partes indicarán el tipo de arbitraje. Si nada se estipula, el fallo será en derecho.

Concretamente, en el ámbito de la contratación estatal, el artículo 70 de la **Ley 80 de 1993** (vigente al momento de los hechos) reza:

⁵⁰ Vigentes al momento de proferida esta ponencia.

⁵¹ MONROY CABRA, Marco Gerardo. El arbitraje en Colombia. LEGIS (2ª Ed.), 1998, Pág.71-77.

ARTÍCULO 70. <Artículo incorporado en el Estatuto de Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos - Decreto Extraordinario 1818 de 1998, artículo 228.> *En los contratos estatales podrá incluirse la cláusula compromisoria a fin de someter a la decisión de árbitros las distintas diferencias que puedan surgir por razón de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación.*

El arbitramento será en derecho. Los árbitros serán tres (3), a menos que las partes decidan acudir a un árbitro único. En las controversias de menor cuantía habrá un solo árbitro.

La designación, requerimiento, constitución y funcionamiento del tribunal de arbitramento se regirá por las normas vigentes sobre la materia.

Los árbitros podrán ampliar el término de duración del Tribunal por la mitad del inicialmente acordado o legalmente establecido, si ello fuere necesario para la producción del laudo respectivo.

<Aparte tachado INEXEQUIBLE. Inciso 5o. modificado por el artículo 4o. de la Ley 315 de 1996. Entra a regir a partir de su publicación, según lo ordena el artículo 5o. de la misma Ley. El nuevo texto es el siguiente:> *En los contratos con personas extranjeras, ~~como también en aquellos con persona nacional~~, y en los que se prevea financiamiento a largo plazo y sistemas de pago del mismo mediante la explotación del objeto construido u operación de bienes para la celebración de un servicio público, podrá pactarse que las diferencias surgidas del contrato sean sometidas a la decisión de un Tribunal Arbitral Internacional.*⁵²

Con el régimen establecido en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública se favorece ampliamente el arbitraje en los contratos administrativos, el cual debe ser siempre en derecho. Se aplican supletoriamente las normas vigentes sobre arbitraje en cuanto a designación, requerimiento, constitución y funcionamiento del tribunal arbitral con la única modificación de que los árbitros serán tres a menos que las partes decidan que sea uno solo y que en las controversias de menor cuantía solo hay un árbitro. Igualmente, se autoriza el arbitraje internacional en contratos con personas extranjeras sobre financiamiento a largo plazo.

6.3. Así las cosas, el contrato que da origen a la controversia objeto de examen de esta Corporación fue celebrado el 24 de noviembre de 1997, por lo cual le es aplicable la Ley 80 de 1993 y su liquidación se rige por el artículo 60. Tal actuación tiene por objeto que las partes realicen un ajuste final de cuentas, revisiones y reconocimientos a que haya lugar; allí deben constar los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que lleguen para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo y su trámite es obligatorio en los contratos de tracto sucesivo, en aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y, en los demás que lo necesiten, de conformidad con el procedimiento indicado en el referido artículo.

En el caso bajo estudio, el acta de liquidación bilateral del 5 de septiembre de 2002, carece de la salvedad o manifestación expresa sobre los puntos en los

⁵² Aparte tachado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-347-97 de 23 de julio de 1997, MP Jorge Arango Mejía.

Inciso 4º declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-426-94 de 29 de septiembre de 1994, MP José Gregorio Hernández Galindo.

cuales no existía acuerdo entre las partes, lo cual cumple con los requisitos exigidos por la jurisprudencia del Consejo de Estado como razón suficiente para que resultara improcedente el análisis de sus pretensiones por el Tribunal de Arbitramento accionado.

En efecto, el Tribunal de Arbitramento, en el caso *sub judice*, debió fallar con plena aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, cuyo artículo 60 reza:

ARTÍCULO 60. DE SU OCURRENCIA Y CONTENIDO. *<Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007. Entra a regir a partir del 16 de enero de 2008, según lo ordena el artículo 33 de la misma Ley> Los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación de común acuerdo por las partes contratantes, procedimiento que se efectuará dentro del término fijado en el pliego de condiciones o términos de referencia o, en su defecto, a más tardar antes del vencimiento de los cuatro (4) meses siguientes a la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.*⁵³

También en esta etapa las partes acordarán los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar.

En el acta de liquidación constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo.

Para la liquidación se exigirá al contratista la extensión o ampliación, si es del caso, de la garantía del contrato a la estabilidad de la obra, a la calidad del bien o servicio suministrado, a la provisión de repuestos y accesorios, al pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, a la responsabilidad civil y, en general, para avalar las obligaciones que deba cumplir con posterioridad a la extinción del contrato. (Negrilla fuera de texto original)

6.4. De la preceptiva legislativa citada, también se infiere que la competencia de los árbitros está limitada no solo por el carácter temporal de su actuación sino por la naturaleza del asunto sometido a su conocimiento, pues únicamente aquellas materias susceptibles de transacción pueden ser definidas por los árbitros.

En efecto, es relevante señalar la importancia del principio *kompetenz-kompetenz*, en virtud del cual los tribunales de arbitramento tienen un margen autónomo de interpretación para determinar el alcance de su propia competencia, de manera tal que incurrirán en un defecto orgánico solamente cuando han *obrado manifiestamente por fuera del ámbito definido por las partes, o excediendo las limitaciones establecidas en el pacto arbitral que le dio origen, o en la Constitución y la ley, al pronunciarse sobre materias no transigibles*⁵⁴, este principio fue consagrado en el numeral 2° del artículo 147 del **Decreto 1818 de 1998**, el cual establecía: *el tribunal resolverá sobre su propia competencia mediante auto que solo es susceptible de recurso de*

⁵³ Aparte tachado del inciso 1o. derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, 'por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos', publicada en el Diario Oficial No. 46.691 de 16 de julio de 2007.

⁵⁴ Sentencia SU-174 del 14 de marzo del 2007 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

reposición. En la ya citada Sentencia SU-174 de 2007, la Corte Constitucional se refirió a este principio en el ámbito internacional y concluyó que el mismo se encuentra vigente en la práctica del arbitraje en Colombia.

Ahora bien, es necesario precisar que los árbitros nombrados para resolver los conflictos suscitados como consecuencia de la celebración, el desarrollo, la terminación y la liquidación de contratos celebrados entre el Estado y los particulares, no tienen competencia para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales. Así lo explicó la Corte Constitucional, en la sentencia **C-1436 de 2000**⁵⁵, al declarar exequible el citado artículo 70 de la ley 80 de 1993, *bajo el entendido que los árbitros nombrados para resolver los conflictos suscitados como consecuencia de la celebración, el desarrollo, la terminación y la liquidación de contratos celebrados entre el Estado y los particulares, no tienen competencia para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales*.

En este orden de ideas, la Corte señaló que la Ley 80 de 1993 facultó a las partes en un contrato administrativo a someter las diferencias entre ellas, derivadas de la celebración, desarrollo, ejecución y liquidación del contrato, a la decisión de tribunales arbitrales; sin embargo, afirmó que en estos casos, los límites al pronunciamiento arbitral están dados por la naturaleza del arbitramento y las normas legales aplicables, que solo permiten decidir sobre los asuntos de carácter transigible⁵⁶.

Así, explicó que en relación con los actos administrativos dictados con ocasión de la celebración, desarrollo, terminación y liquidación del contrato, se debe tener en cuenta que aunque el Estado al contratar se rige por los principios de contratación entre particulares –con preeminencia de autonomía de la voluntad e igualdad entre las partes–, también hay disposiciones extrañas a la contratación particular que apuntan a la conservación y prevalencia del interés general; concretamente es el caso del ejercicio de las facultades exorbitantes de la administración, que rompen el principio de igualdad. Sobre “si los árbitros, en estos casos, pueden pronunciarse también, frente a las divergencias que surjan entre las partes, en relación con los actos administrativos que dicta la administración”, esta Corporación concluyó que el análisis sobre la validez de los actos exorbitantes que dicta la administración no puede quedar librado a la decisión de los árbitros.⁵⁷

En la ya citada providencia **SU-174 de 2007**, la Corte reiteró esta doctrina constitucional, en especial, sobre la distinción trazada por la Corte entre el control de la validez de los actos administrativos dictados con ocasión de la actividad contractual del Estado, por una parte, y la resolución de las

55 MP Alfredo Beltrán Sierra.

56 “Los límites al pronunciamiento arbitral, en este caso, están determinados entonces, por la naturaleza misma del arbitramento y las prescripciones legales sobre la materia, según las cuales, éste solo es posible en relación con asuntos de carácter transigible”.

57 Extracto de la sentencia SU-174 de 2007.

controversias exclusivamente económicas que surjan entre las partes contractuales -sea con motivo de tales actos administrativos o por causa de otras circunstancias propias de la celebración, desarrollo, ejecución y liquidación de los contratos administrativos-, por otra. Al respecto explicó:

Es perfectamente factible que para la resolución de estas controversias exclusivamente económicas, los tribunales arbitrales no examinen la legalidad ni cuestionen en absoluto la validez de los actos administrativos; si la disputa es económica, los aspectos centrales de su resolución tienen que ver con asuntos como la existencia, el contenido, los alcances y las condiciones de la obligación pecuniaria objeto de controversia; en otros términos, si existe una deuda contractual, y cómo se ha de cuantificar. No es necesario efectuar pronunciamientos sobre la validez de actos administrativos contractuales para efectos de adoptar una decisión sobre estos puntos.

Reiterándose que la validez de un contrato estatal o la legalidad de los actos administrativos expedidos con motivo de aquel, como lo puede ser el acta de liquidación; no puede ser del conocimiento de árbitros, en la medida en que se encuentran comprometidos elementos integradores del orden público y, por lo tanto, no son materias susceptibles de transacción ante un particular (tribunal de árbitros) así este sea habilitado por las partes contratantes.

6.5. Por lo que concierne a la condición jurídica de las decisiones arbitrales y, dada la importancia que este asunto comporta para el caso examinado, es necesario recordar que el principio de habilitación consagrado en artículo 116 de la Constitución Política, según el cual los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia, permite afirmar que el arbitraje en Colombia tiene naturaleza jurisdiccional, como ya se ha explicado en esta providencia, y que los Tribunales de Arbitramento pueden proferir fallos en derecho o en equidad. Así las cosas, el laudo arbitral adquiere la misma categoría y eficacia jurídica que la sentencia judicial y, por tanto, hace tránsito a cosa juzgada y presta mérito ejecutivo.

En efecto, la Corte Constitucional ha definido el *acto arbitral* como aquel por medio del cual una persona o varias, a nombre del Estado, en ejercicio de una competencia atribuida por este y consultando únicamente el orden jurídico y la justicia, determinan el derecho aplicable a un evento concreto, luego de haber comprobado los hechos y de inferir una consecuencia jurídica, cuyo rasgo esencial es el efecto del tránsito a cosa juzgada.⁵⁸

Concluye en este punto la Sala que dado el carácter jurisdiccional de la función para la cual están investidos temporalmente los Tribunales de Arbitramento, estos no escapan a los diversos deberes propios del actuar judicial, entre otros el acatamiento a la Constitución y en particular el respecto a los derechos fundamentales, como el debido proceso y el trato igual; los cuales encuentran expresión en deberes más específicos como el de acatar el *precedente judicial*. Sobre este aspecto se volverá más adelante cuando se

58 Corte Constitucional, Sentencia C-431 de 1995 (MP Hernando Herrera Vergara).

evalúe si el Laudo Arbitral cuestionado desconoció el precedente judicial incurriendo en un defecto que hace plausible el amparo impetrado por la CNTV.

7.- El alcance de la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre las salvedades en el acta de liquidación en el contrato estatal

Un asunto capital en la valoración del asunto sometido a Revisión de la Sala, es el del peso de la jurisprudencia sentada por el Máximo Juez de lo Contencioso Administrativo a propósito del efecto que tienen las salvedades consignadas por las partes en el acta de liquidación del contrato. Se trata de un asunto que desde el inicio de la actuación que dio lugar al pedimento de amparo, ha sido aducido con vehemencia por parte del apoderado de la CNTV y, en el sentir de la Sala requiere atención.

Diversos han sido los pronunciamientos emitido por el Consejo de Estado en los cuales ha tenido oportunidad de referirse al vigor de lo consignado en el acta de liquidación por la partes. Así por ejemplo, en una sentencia de 17 de mayo de 1984, se precisaba:

Es evidente que cuando se liquida un contrato y las partes firman el acta de liquidación sin reparo alguno, éstas en principio no pueden mañana impugnar el acta que tal acuerdo contiene, a menos que exista error u omisión debidamente comprobado. La liquidación suscrita sin reparos es un auténtico corte de cuentas entre los contratistas, en la cual se define quién debe, a quién y cuánto. Como es lógico es un acuerdo entre personas capaces de disponer y las reglas sobre el consentimiento sin vicios rigen en su integridad (Negrilla fuera de texto)

En junio 22 de 1995 la Sección Tercera, con ponencia de Daniel Suárez, reiterando la regla, explicaba:

Esa falta de reclamo por parte del contratista, al momento de suscribir el acta de liquidación final, pone de manifiesto su conformidad con los pagos que le hizo la entidad, en relación con la ejecución del contrato y en especial con las cuentas de cobro 1 a 6, de tal manera que ahora no procede ninguna reclamación por el rompimiento del equilibrio financiero que se haya podido presentar en la ejecución del contrato, ni por la demora en que haya incurrido la administración demandada en el pago de las cuentas, al menos las número 1 a 6, que según la liquidación ya habían sido pagadas para esa época.

En innumerables oportunidades, esta corporación ha sostenido esa tesis en relación con el valor de la liquidación no objetada por los contratantes. (Negrilla fuera de texto)

De manera más reciente se ha sostenido sobre el tema:

La jurisprudencia de la Sección Tercera ha sostenido reiteradamente, que una vez el contrato haya sido liquidado de mutuo acuerdo entre las partes, dicho acto de carácter bilateral no puede ser enjuiciado por vía jurisdiccional, salvo que se invoque algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo); pero si dicha liquidación ha sido suscrita con salvedades y en ese mismo momento, que es la oportunidad para objetarla, alguna de las partes presenta reparos a la misma, es

claro que se reserva el derecho de acudir ante el organismo jurisdiccional para reclamar sobre aquello que hubiere sido motivo de inconformidad manifiesta.

*Bajo las orientaciones de la jurisprudencia citada, resulta claro precisar que la acción contractual solo puede versar sobre aquellos aspectos o temas en relación con los cuales el demandante hubiere manifestado su desacuerdo al momento de la liquidación final del contrato por mutuo acuerdo; porque sobre aquellas otras materias respecto de las cuales no realice observación alguna, por encontrarse de acuerdo con su liquidación y así lo formaliza con su firma, no cabe reclamación alguna en sede judicial. Admitirlo sería ir contra la doctrina de los actos propios, de conformidad con la cual “a nadie le es lícito venir contra sus propios actos”, la cual tiene sustento en el principio de la buena fe o *bona fides* que debe imperar en las relaciones jurídicas” (negrillas fuera de texto) (sentencia 14854 de 2007 M.P. Mauricio Fajardo)⁵⁹*

El Consejo de Estado, reiteradamente, ha expuesto el fundamento normativo de tal pauta jurisprudencial. En la sentencia de 6 de julio de dos mil cinco 2005, el actor objetaba que la regla según la cual las inconformidades debían dejarse plasmadas en el acta de liquidación, se constituía en una (...) *exigencia (que) desborda el derecho positivo (...)*. Frente a dicho planteamiento el Alto Tribunal explicó que acorde con lo dispuesto en el artículo 1602 del Código Civil, aplicable por remisión al contrato del Estado *Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado, sino por su consentimiento mutuo o por causas legales*. En esa medida, para el Juez Colegiado, los efectos del acta de liquidación son los propios de un acuerdo de voluntades y, por ende, (...) *cuando no se deja en el acta constancia concreta de reclamación, se entiende que no existe inconformidad*.

Como soporte de su razonamiento, la decisión aludida invocó la “teoría de los actos propios” la cual, estimó se deriva del principio de la buena fe contenido en el artículo 83 de la Carta y encuentra expresión en el artículo 1603 del Código Civil, cuyo tenor literal reza: *los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella*.

El examen de la jurisprudencia del Consejo de Estado permite destacar varios aspectos relacionados con el punto en estudio. Una de estas particularidades hace relación a las situaciones en las cuales resulta admisible controvertir en sede judicial situaciones no registradas en el acta de liquidación del contrato. En este sentido, advertía la Corporación en cita, en sentencia de febrero 16 de 2001:

(...) no se discute la posibilidad de que la liquidación final de un contrato pueda ser aclarada o modificada posteriormente, es claro que para ello se requiere del consentimiento expreso de quienes la suscribieron. En el presente caso, se observa que, un mes después de la suscripción del acta respectiva, el contratista

59 Criterio similar ha sido sostenido en la sentencia de Febrero 29 de 2012 Exp. 16371 M.P. Danilo Rojas.

solicitó al Intendente de Arauca que incorporara a ésta última el valor de los reajustes de precios solicitados; sin embargo, la entidad contratante negó la petición. Así las cosas, no se modificaron los términos de la liquidación suscrita sin salvedades(...) las pretensiones del actor, en consecuencia, deben ser negadas. (...) (Negrilla fuera de texto)

Observa la Sala de Revisión que la modificación del acta de liquidación, según esta sentencia –manifestación que no aparece reiterada en otras providencias- debe ser expresa y consensuada, con lo cual, no resulta admisible suponer que el acta de liquidación ha sido modificada si las partes no lo han convenido de modo manifiesto.

Además de la hipótesis anotada, se ha advertido por la Justicia Contencioso Administrativa:

(...) La Sala en varias providencias, con base en la ley, ha sido del criterio que el acto de liquidación bilateral del contrato solo puede ser revisado judicialmente cuando se invoque algún vicio del consentimiento o cuando la parte que ejercita la acción contractual haya dejado constancia de su inconformidad con la liquidación o haya hecho el reparo al momento de suscribir el acta (...) (Negrilla fuera de texto) (Sentencia de febrero 14 de 2002 Exp. 13600 M.P. Giraldo Gómez)

Esta apreciación ha sido ratificada en oportunidades posteriores:

(...) una vez liquidado el contrato por mutuo acuerdo de las partes contratantes, dado su carácter bilateral, tal acto no es susceptible de enjuiciarse ante el órgano jurisdiccional, a menos que se invoque algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo) o a menos que dicha liquidación se haya suscrito con salvedades o reparos por alguna de ellas, en el mismo momento de su firma (...) (negrilla fuera de texto) (Sentencia de noviembre 20 de 2003 Exp. 15308, M.P. Hoyos Duque)

Esta misma salvedad quedó consignada en la ya citada providencia de agosto 29 de 2007, cuyo aparte pertinente quedó también transcrito.

Finalmente, cabe señalar como excepción a la regla en consideración, una reciente elaboración jurisprudencial del Consejo de Estado, según la cual, también pueden ser discutidos en la jurisdicción asuntos que a pesar de no haber sido incorporados en el acta de liquidación, o bien, tuvieron lugar con posterioridad a la suscripción del acta, o bien, les resultaban desconocidos en ese momento. En relación con esta salvedad, sentó el Consejo de Estado:

(...) si la causa de la reclamación o demanda obedece a circunstancias posteriores y desconocidas para las partes, al momento de firmar el acta, es lógico que puedan reclamarse jurisdiccionalmente los derechos en su favor, pues en tal caso desaparece el fundamento que ha dado la Sala para prohibir lo contrario, es decir, que allí no se afectaría el principio de la buena fe contractual, con la cual deben actuar las mismas al momento de acordar los términos de la culminación del negocio, pues no existiendo tema o materia sobre la cual

disponer –renuncia o reclamo-, mal podría exigirse una conducta distinta (...)
(Sentencia de abril 22 de 2009, Exp. 15598 Gil Botero) (Negrilla fuera de texto)

Este último criterio fue ratificado en la sentencia de abril 14 de 2010, Exp. 17322, en los siguientes términos:

(...) la nueva norma citada no dispone que la ausencia de salvedades en el acta impida a las partes demandarse posteriormente, de modo que este aspecto o consecuencia del tema sigue teniendo como fundamento la jurisprudencia de esta Sección, que no admite que las partes se declaren a paz y salvo o que guarden silencio frente a las reclamaciones que deben o debieron tener para el momento de la suscripción del acta de liquidación bilateral, y no obstante eso luego acudan a la jurisdicción, a solicitar una indemnización por los daños que sostienen haber padecido (...)

(...)

(...) las reclamaciones, constancias o inconformidades que deben constar en el acta son todas las que existan y hayan surgido a más tardar para el instante en que se suscribe la liquidación bilateral del contrato, de allí que si alguna parte del negocio estima que una decisión, actitud, comportamiento o hecho de la otra parte le causó un daño, debe ponerlo en conocimiento en ese momento, para que, eventualmente, se solucione el problema, y en caso de no lograrlo, para que la constancia le permita, posteriormente, acceder a la jurisdicción. Sin embargo, la excepción a esta regla se presenta cuando los hechos ocurren con posterioridad a la liquidación. (...)(Negrilla fuera de texto)

Como se puede apreciar, salvo la modificación expresa y consensuada o, las situaciones en las que el acta de liquidación se cuestione por algún vicio del consentimiento o, cuando los circunstancias que motiven el reclamo acontezcan con posterioridad a la liquidación o no hayan sido conocidas por las partes en ese momento; no cabe convocar a la jurisdicción para demandar aquello que no quedó contenido en el acta de liquidación del contrato estatal.

Otro asunto que motiva la atención de la Sala de Revisión, es la oportunidad en la cual se deben hacer las reclamaciones correspondientes a los impases acontecidos en la ejecución del contrato estatal, esto, si se pretende preservar la posibilidad de acudir a la jurisdicción para demandar frente a tales situaciones. En relación con el punto ha dicho la jurisprudencia del Consejo de Estado que dicho momento es el del acta liquidación y no otro:

(...) una vez liquidado el contrato por mutuo acuerdo de los contratantes, dado su carácter bilateral tal acto no es susceptible de enjuiciarse ante el órgano judicial a menos que se invoque algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo) o que dicha liquidación se haya suscrito con salvedades o reparos por alguna de ellas en el mismo momento de su firma, que es la oportunidad para objetarla (...)
(Sentencia de junio 22 de 2001, Exp. 14201, M.P., Hoyos Duque)

En similar sentido la citada sentencia de febrero 16 de 2001 Exp.11689 expuso:

(...) La liquidación final del contrato tiene como objetivo principal que las partes definan sus cuentas, que decidan en qué estado quedan después de

cumplida la ejecución de aquél; que allí se decidan todas las reclamaciones a que ha dado lugar la ejecución del contrato, y por esa razón es ese el momento en que se pueden formular las reclamaciones que se consideren pertinentes (...)(Negrilla fuera de texto)

Así pues, en consonancia con la regla trazada, la Alta Corporación de la Justicia Contencioso Administrativa ha establecido el momento de la liquidación como el único en el cual resultan admisibles los reparos con miras a ventilarlos en sede judicial, si estos no son debidamente atendidos. En aplicación de este criterio, el Consejo de Estado, despachó desfavorablemente las pretensiones de un contratista que con posterioridad a la suscripción del acta de liquidación acudió a la justicia para manifestar reparos frente a la Contratante, adujo el Juez Colegiado:

(...) Las salvedades o reclamaciones consignadas por el representante legal de la sociedad demandante en el oficio del 5 de octubre de 1994, fueron extemporáneas con respecto al acta de liquidación del contrato que firmó el 29 de septiembre anterior. Esta es la deducción a la que llega la Sala en cuanto entiende que el demandante sí firmó el acta en esa fecha pero luego la objetó a través del oficio ya referenciado, toda vez que no controvertió que dicha firma no fuera la suya.

De acuerdo con lo anterior, la sala encuentra que si la oportunidad para objetar la liquidación del contrato lo fue al momento de la firma del acta respectiva y si no se incluyeron en ella las reclamaciones del contratista formuladas durante la ejecución o las que pretendió hacer después, no es posible que luego demande judicialmente el incumplimiento de la administración, dada la fuerza vinculante de ese acto para las partes(...) (Sentencia de junio 22 de 2001, Exp. 14201, M.P. Hoyos Duque) (negrilla fuera de texto)

En otra ocasión los reparos del demandante no fueron hechos con posterioridad sino con anterioridad a la liquidación del contrato, en esa oportunidad, el Consejo de Estado en providencia citada y, tras reiterar la tesis según la cual los problemas entre las partes no deben quedar resueltos, pero sí advertidos al momento de concluir la relación contractual, manifestó:

Esta conclusión no cambia porque existan pruebas en el proceso acerca de las reclamaciones que durante la ejecución del contrato, presentó el consorcio demandante al IDU (cuaderno 2, fls. 66 y 68), las cuales fueron negadas reiteradamente por dicha entidad (fls. 67 y 70-71). Tal circunstancia, sin embargo, no eximía al contratista de cumplir la carga de dejar las constancias concretas de inconformidad correspondientes, en el acta de liquidación, momento determinante para estos efectos, y el único relevante para que su actitud tenga efectos jurídicos a posteriori, en relación con la posibilidad de demandar.⁶⁰ (Negrilla fuera de texto).

Para la Sala de Revisión de la Corte Constitucional, resulta incontestablemente claro que salvo las excepcionales situaciones de una modificación con consentimiento expreso de las partes o, la existencia de un

60 Sentencia de Julio 06 de 2005, Exp. 14113 M.P. Hernández Enríquez

vicio en el consentimiento (error, fuerza o dolo); el único momento en el cual se deben dejar sentadas las discrepancias respecto del desarrollo del contrato, si se pretende acudir posteriormente a la jurisdicción, es el de la liquidación. No resultan admisibles reclamaciones anteriores ni posteriores al evento liquidatorio mencionado, si se busca con ellas reemplazar lo omitido en la liquidación.

Ahora bien, encuentra la Sala que por lo que concierne al documento en el cual se deben hacer las salvedades del caso, si se tiene la intención de acudir más adelante a la jurisdicción para examinar dichas inconformidades, fuerza concluir que es el acta de liquidación del contrato estatal.

Sobre esta circunstancia, ha sostenido la jurisprudencia contencioso administrativa:

(...) Para la Sala, (la) anotación hecha por el representante legal del consorcio en el libro de obra, no condicionó su consentimiento frente al acta de liquidación del contrato que en la misma fecha firmó con el interventor de la obra, ya que era en el acta de liquidación final y no en otro documento en donde debía dejar constancia de las inconformidades o reclamos económicos por hacer, pues es en aquella diligencia –cuando se liquida el contrato- en donde debieron discutirse con la administración las reclamaciones que hizo el contratista si no se hubieren resuelto, o las que tenga por hacer con ocasión de la ejecución del contrato.(...) (Sentencia de noviembre 20 de 2003, Exp. 15308, M.P. Hoyos Duque) (negrillas fuera de texto)

Finalmente, no sobra agregar en estas consideraciones que cabe la posibilidad de elevar judicialmente reclamaciones relacionadas con el contrato liquidado aún sin cuestionar la validez del acta de liquidación bilateral, lo cual tiene lugar en aquellos eventos en los cuales la parte interesada en la misma, ha dejado expresa salvedad en relación con los puntos específicos de inconformidad frente a dicho corte de cuentas, caso en el cual puede acudir a la jurisdicción contencioso administrativa mediante la presentación de la respectiva demanda contractual. Al respecto, ha dicho la Sala de lo contencioso administrativo:

Ha sido jurisprudencia reiterada de esta Sala que cuando la liquidación del contrato se realiza entre la administración y su contratista, si no se deja salvedad en el acta en relación con reclamaciones que tenga cualquiera de las partes, no es posible que luego se demande judicialmente el pago de prestaciones surgidas del contrato...

La liquidación de mutuo acuerdo suscrita por las partes constituye un acto de autonomía privada de aquellas que le da firmeza o definición a las prestaciones mutuas entre sí, de tal suerte que constituye definición de sus créditos y deudas recíprocas, no susceptible de enjuiciarse ante el órgano jurisdiccional, como no sea que se acredite algún vicio del consentimiento que conduzca a la invalidación de la misma, tales como: error, fuerza o dolo.

La liquidación final del contrato tiene como objetivo principal que las partes definan sus cuentas, que decidan en qué estado quedan después de cumplida la

*ejecución de aquél; que allí se decidan todas las reclamaciones a que ha dado lugar la ejecución del contrato, y por esa razón es ese el momento en que se pueden formular las reclamaciones que se consideren pertinentes. La liquidación finiquita la relación entre las partes del negocio jurídico, por ende, no puede con posterioridad demandarse reclamaciones que no hicieron en ese momento*⁶¹.

Así pues, se pueden establecer como **conclusiones** de lo examinado, las siguientes:

- a. Liquidado un contrato estatal y suscrita la respectiva acta de liquidación por las partes, sin reparo alguno, no pueden estas, en principio, acudir posteriormente a la jurisdicción para elevar reclamaciones respecto de tal contrato.
- b. La regla inmediatamente referida puede ser excepcionada en aquellas situaciones en las que dicha acta se cuestione por algún vicio en el consentimiento (error, fuerza o dolo). También resulta inaplicable cuando los sucesos que motiven el reclamo ocurran con posterioridad a la liquidación o, no hayan sido conocidos por las partes en ese momento. Y, ocasionalmente, se ha afirmado que la excepción tendría lugar si existe una modificación expresa y consensuada del acta de liquidación.
- c. La regla definida por el Consejo de Estado según la cual en el marco del contrato estatal no cabe convocar a la jurisdicción para dirimir diferencias que no se expresaron en el acta de liquidación, salvo las excepciones anotadas; encuentra asidero normativo en el principio constitucional de la buena fe establecido en el artículo 83 Superior y en los artículos 1602 y 1603 del Código Civil.
- d. La oportunidad para dejar sentadas las diferencias respecto del desarrollo del contrato, si se pretende acudir posteriormente a la jurisdicción, es la de la liquidación del mismo. Son inadmisibles como sustituto de dicha obligación en la liquidación, las reclamaciones previas o posteriores al evento liquidatorio mencionado.
- e. Es el acta de liquidación y, no otro documento, en el cual se deben incorporar los reparos de las partes frente a la ejecución del contrato, cuando se aspire a convocar a la jurisdicción para demandar en razón de tales reproches.

Para la Sala de Revisión estas conclusiones serán tenidas en cuenta al momento de valorar lo acontecido, dado que se trata de lo decantado por el Consejo de estado sobre un aspecto crucial del asunto *sub examine*.

Seguidamente, procede el Juez de tutela a revisar la designación de los árbitros, previo a pronunciarse sobre el caso concreto.

61 Sentencia 10.608 del 10 de abril de 1997, CP Daniel Suárez Hernández.

8.- Cuestión previa a la resolución del caso concreto. Nulidad por vulneración al principio de habilitación en la integración del Tribunal de Arbitraje

Como cuestión preliminar a la verificación de algún defecto como causal específica de procedibilidad, la Sala considera pertinente abordar el asunto relacionado con la presunta irregularidad en la designación, el nombramiento y la posterior ratificación del tercer árbitro. Al respecto, la Sala advierte que la integración del Tribunal de Arbitraje se desarrolló de la siguiente manera:

- En cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 70 de la Ley 80 de 1993 y por virtud de cláusula compromisoria del contrato de concesión 129 de 1997, se dispuso que el Tribunal fuera constituido por tres (3) árbitros y que decidiera en derecho.
- Sin embargo ante la falta de acuerdo entre las partes, se acudió ante el juez 28 Civil del Circuito de Bogotá quien, a su vez, el 20 de mayo de 2008 designó a los árbitros Martha Cediél de Peña, **Hernando Herrera Vergara** y Enrique Laverde Gutiérrez, quienes integraban la lista de árbitros remitida por la Cámara de Comercio. La CNTV presentó recusación contra Martha Cediél de Peña y el juzgado referido designó a Carmenza Mejía Martínez, en su reemplazo, el 26 de junio de 2008.
- Así las cosas, aceptaron los cargos los abogados Carmenza Mejía Martínez (4 de julio de 2009), Enrique Laverde Gutiérrez (11 de junio de 2009) y **Hernando Herrera Mercado** (9 de junio de 2008), persona distinta a la designada, quienes tomaron posesión como árbitros en la audiencia de instalación del Tribunal de Arbitramento realizada el 1º de Diciembre de 2008.
- Situación que fue alertada por el apoderado de la CNTV al Tribunal de Arbitramento, en la audiencia celebrada el 19 de febrero de 2009, y por el juez 28 Civil del Circuito al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio, mediante oficio 0937 del 26 de marzo de 2009 (f.62).
- Las partes ratificaron al abogado **Hernando Herrera Mercado** como árbitro, como medida de saneamiento ante la falta de nombramiento judicial. En efecto, el 18 de marzo de 2009, el representante legal de la CNTV radicó escrito en el cual ratificó la designación como árbitro del Tribunal al abogado Hernando Herrera Mercado. Mediante auto N° 4 del 18 de marzo de 2009, el Tribunal de Arbitramento dejó constancia de que el abogado Herrera Mercado aceptó su designación.
- Sin embargo, hasta el momento en que se profirió el laudo arbitral, el nombramiento del abogado Hernando Herrera Vergara, como árbitro, no había sido revocado.

Ante lo expuesto, esta Sala de Revisión concluye que el nombramiento del tercer árbitro Hernando Herrera Mercado ha sido saneado, toda vez que, inicialmente, ante la falta de acuerdo para la designación, el juez 28 Civil del Circuito de Bogotá designó a los árbitros Carmenza Mejía Martínez y Enrique Laverde Gutiérrez, posteriormente, ante el error en la designación del árbitro *Hernando Herrera Vergara*, las partes designan directamente como árbitro a Hernando Herrera Mercado, ratificando su propia postulación, tal como quedó demostrado en el acervo probatorio.

En consecuencia, no se ha configurado causal de nulidad o de falta de competencia por la aludida irregularidad en la designación, el nombramiento y la posterior ratificación del tercer árbitro. Se reitera entonces que no se ha vulnerado el principio de habilitación constitucional (Art. 116 C.P.).

9.- Defectos atribuidos al laudo arbitral en el caso concreto

Precisado lo anterior y una vez verificado el cumplimiento de los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela, corresponde a la Sala Cuarta de Revisión determinar si se ha configurado alguna de las causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, previa la observación de que se abordará el estudio de la forma que se considera más cercana a las acusaciones elevadas por el apoderado del peticionario, así:

(i) Defecto Orgánico, por pronunciarse sin tener competencia para emitir juicio sobre las pretensiones de la demanda, al tratarse de asuntos pactados por las partes (acta de liquidación contractual);

(ii) Defecto por desconocimiento del precedente judicial, dado que la decisión del Tribunal de Arbitramento resulta contraria a pronunciamientos anteriores del Consejo de Estado; y

(iii) Defecto Fático, por error en la apreciación y valoración de las pruebas, que generó la condena que perjudica el patrimonio público, basándose *únicamente en los rubros contenidos en los Estados Financieros de producciones JES Ltda.*

10.- Competencia de los Tribunales de Arbitramento. El defecto orgánico como causal específica de procedencia de la acción de tutela

10.1. Breve caracterización del defecto orgánico

En la sentencia C-590 de junio 8 de 2005⁶², la Corte Constitucional catalogó el *defecto orgánico* como causal especial de falta de procedibilidad, que se

62 MP Jaime Córdoba Triviño.

presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia.

Así, esta Corporación⁶³ ha señalado que este defecto, vulnerador del derecho al debido proceso, se configura cuando la autoridad responsable de la providencia objeto de tutela no era competente para conocer del asunto, en los siguientes términos:

Este criterio de procedibilidad se configura cuando la autoridad que dictó la providencia carecía, en forma absoluta, de competencia para conocer de un asunto. Así entonces, es necesario precisar que cuando los jueces desconocen su competencia o asumen una que no les corresponde, sus decisiones son susceptibles de ser excepcionalmente atacadas en sede de tutela, pues no constituyen más que una violación al debido proceso. (...) (T-446/07 M.P. Vargas Hernández) (Negrilla fuera de texto)

En sentido similar, se ha sostenido:

(...) la extralimitación de la esfera de competencia atribuida a un juez quebranta el debido proceso y, entre otros supuestos, se produce cuando “los jueces desconocen su competencia o asumen una que no les corresponde”⁶⁴ y también cuando adelantan alguna actuación o emiten pronunciamiento por fuera de los términos jurídicamente dispuestos para que se surtan determinadas actuaciones (...) (T-929/08 MP. Escobar Gil) (negrillas fuera de texto)

La competencia, entendida como el grado o la medida de la jurisdicción, busca delimitar el campo de acción, función o actividad que ejerce una entidad o autoridad pública determinada, tendiente a hacer efectivo el principio de seguridad jurídica. De esta forma, la autoridad pública que administra justicia debe ceñirse a las atribuciones conferidas en los términos señalados en la Constitución y en la ley (art. 121 CP). Las decisiones adoptadas por las autoridades judiciales por fuera de los parámetros fijados en el ordenamiento jurídico, constituyen un atentado contra el Estado de Derecho⁶⁵. Así las cosas, el desconocimiento de los límites temporales y de las competencias de los funcionarios judiciales (naturaleza funcional) conlleva la configuración de un defecto orgánico, y por ende, el desconocimiento del derecho fundamental al debido proceso⁶⁶.

En materia arbitral el defecto orgánico adquiere unas características especiales, ya que la conformación de un tribunal de arbitramento es de carácter temporal, por lo que está sujeta a la resolución de determinadas materias y depende de la voluntad de las partes.

63 Corte Constitucional. sentencia T-446 de 2007 (MP Clara Inés Vargas Hernández). Así se pronunció también esta Corte, entre otras, en la sentencia T-929 de 2008 (MP Rodrigo Escobar Gil), observando que la extralimitación de la esfera de competencia atribuida a un juez quebranta el debido proceso y, entre otros supuestos, se produce cuando los jueces desconocen su competencia o asumen una que no les corresponde.

64 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-446 de 2007. M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

65 Sentencia T-757 de 2009 (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

66 Sentencia T-511 de 2011 (MP Jorge Iván Palacio Palacio).

10.2. Posible existencia de defecto orgánico en el laudo arbitral demandado

Para la Corte, surgen del escrito de tutela dos circunstancias que en el entender de la parte actora vician el laudo arbitral al presentarse un defecto orgánico. De un lado, se censura una irregular configuración del Tribunal y, de otra, se cuestiona el hecho de pronunciarse sobre un reparo que no quedó consignado en el acta de liquidación del contrato. Por lo que atañe al primer asunto, la Sala se contrae a lo valorado en el apartado en el cual se descartó la Nulidad por vulneración al principio de habilitación en la integración del Tribunal de Arbitraje, con lo que se entiende no tiene lugar el defecto orgánico en razón del motivo alegado. En lo concerniente a la restante circunstancia de inconformidad, orientada a evidenciar un defecto orgánico, se exponen las consideraciones que siguen.

En el caso *sub examine*, el acta N° 48 del 5 de septiembre de 2002, que liquidó de común acuerdo el Contrato N° 129 de 1997, no es el resultado del ejercicio de las facultades excepcionales de la administración, ni un acto administrativo unilateral (exorbitante); sino, por el contrario, consiste en un producto del acuerdo, del consenso, entre las partes (CNTV y Producciones JES) y, por ende, no podría operar la restricción para el Tribunal de Arbitramento accionado.

Máxime cuando del acervo probatorio se colige que el tribunal demandado no libró un análisis sobre la validez del acta en comento, toda vez que el aspecto central de su examen giró en torno a la existencia, los alcances y las condiciones de la obligación pecuniaria objeto de controversia (desequilibrio contractual generado en el Contrato N° 129 de 1997).

Así las cosas, en aplicación del principio de habilitación, el tribunal fundamentó su competencia para este proceso arbitral⁶⁷ en la cláusula compromisoria del Contrato de Concesión de Espacios de Televisión firmado el 24 de noviembre de 1997, toda vez que es allí donde se encuentra la habilitación de las partes a los árbitros para resolver *[t]oda controversia o diferencia relativa a este contrato y a su ejecución y liquidación*, con la única limitación acerca de que *[e]n ningún caso se someterán al Tribunal las causales y los efectos de la cláusula de caducidad*.

En efecto, advierte la Sala que, en la primera Audiencia de Trámite, el Tribunal de Arbitramento resolvió *[d]eclararse competente para conocer y resolver los asuntos sustanciales sometidos a su análisis y contenidos en la demanda, la contestación de la demanda y los escritos adicionales presentados por las partes*⁶⁸; aclarando que, debido a que en el proceso arbitral no proceden las excepciones previas, *las excepciones formuladas con*

67 Laudo Arbitral pag.2; obra a folio 142 del cuaderno 1 del expediente

68 Acta No. 17 proferida por el Tribunal de Arbitraje Producciones JES Limitada Vs. Comisión Nacional de Televisión. Ver folio 39 del cuaderno principal del expediente.

*tal carácter no serán resueltas por el Tribunal de manera anticipada y se decidirán, junto con las planteadas como excepciones de fondo, en el laudo*⁶⁹.

Posteriormente, en el laudo arbitral⁷⁰ se concluye que si bien es cierto el acta N° 48 del 5 de septiembre de 2002 contiene los acuerdos que las partes hicieron respecto de las obligaciones derivadas del Contrato N° 129 de 1997, ello signifique que *por no haber quedado comprendidos los reclamos relativos a la ruptura de la ecuación financiera del contrato y sus efectos, la liquidación resulte aparente o deficiente, como tampoco implica que tales reclamos no pudieran hacerse valer en sede judicial o arbitral, como en efecto ocurrió y como había sido reconocido por las partes en el contrato de dación en pago de 20 de febrero de 2003, bajo cuyos términos:*

CLÁUSULA DECIMA CUARTA: *el presente acuerdo de dación en pago se circunscribe a la cancelación de las obligaciones pendientes de pago correspondientes a las tarifas de los espacios concesionados a PRODUCCIONES JES LTDA y al acuerdo de pagos suscrito con LA COMISIÓN el 14 de febrero de 2002, de acuerdo con la liquidación efectuada por LA COMISIÓN, con sus correspondientes intereses corrientes y moratorios. En ningún caso este acuerdo se refiere, modifica, vulnera o constituye reconocimiento a las pretensiones, al reestablecimiento [sic] del equilibrio económico durante la ejecución del contrato N° 129 de 1997 que eventualmente pudieran presentarse por PRODUCCIONES JES LTDA en Tribunal de Arbitramento que cualquiera de las partes convoque. (...)*⁷¹ (Negrilla fuera de texto)

Ahora, la demandante en tutela manifiesta también su reparo en materia de competencia, pues, en su entender, el grupo de árbitros asumió el conocimiento de la controversia de un contrato terminado y liquidado por mutuo acuerdo entre las partes, en el cual, el contratista no dejó ninguna clase de salvedad.

Respecto de este último punto, resulta oportuno precisar que el factor definitorio de la competencia del grupo de árbitros, no es exclusivamente lo que se disponga en el acta de liquidación. Si bien es cierto, Producciones JES no incluyó ningún reparo en el acta de liquidación, acorde con lo considerado en el apartado sobre el acta de liquidación del contrato estatal, según la jurisprudencia de lo Contencioso Administrativo, existen excepciones a la regla, según la cual, de no incluirse reclamos en el acta está vedado un futuro control jurisdiccional.

Advierte la Sala de Revisión que bien hubieran podido ser otros los motivos, distintos al que adujo la convocante, los que hubiesen podido convocar a los árbitros. Hubiese podido ocurrir que se citase al Tribunal para revisar situaciones ocurridas con posterioridad a la liquidación u, otras que las partes no hubiesen conocido en aquel momento; en tales hipótesis no bastaría alegar

⁶⁹ Ibídem.

⁷⁰ Laudo Arbitral pag.75; obra a folio 215 del cuaderno 1 del expediente.

⁷¹ Ver folios 49 y 50 del cuaderno principal del expediente T-3.155.442.

que dichas circunstancias no se refirieron en el acta de liquidación para pretender que los árbitros no podían conocer del asunto.

Encuentra la Sala que para el accionante los árbitros se declararon competentes sin serlo, pues, al haberse liquidado el contrato de mutuo acuerdo y sin dejar salvedades, no cabía citar al Tribunal de arbitramento para decidir la reclamación concerniente a la ruptura del equilibrio financiero. En el sentir del Juez de Revisión, el motivo propuesto por la Comisión para alegar la falta de competencia del Tribunal, no resulta de recibo. Era el Grupo de Árbitros el llamado a valorar si lo expuesto por la CNTV, resultaba admisible a la luz del ordenamiento jurídico y, para arribar a tal inferencia, debía ejercer su competencia. Aceptar el razonamiento de la CNTV en este punto, sería tanto como admitir que frente a una cosa juzgada un juez a quien se le pone en conocimiento el asunto, se declare incompetente por virtud de la citada cosa juzgada, cuando será justamente el ejercicio de tal competencia el que le permite examinar si en verdad se halla ante una cosa juzgada para resolver de conformidad.

En suma, lo que para el accionante es el presupuesto que veda al Tribunal de Arbitramento el ejercicio de su competencia, en realidad pudo haber sido el resultado del ejercicio de dicha competencia si ese juzgador hubiese apreciado que lo alegado por la CNTV, era lo que mandaba el ordenamiento jurídico. Así pues, la censura expuesta por el accionante no es razón para impedir el ejercicio de la competencia de los árbitros y no implicaría, en este punto, un quebrantamiento del derecho fundamental al debido proceso.

Por ende, la Sala Cuarta de Revisión concluye que no se ha configurado el defecto orgánico como causal específica de procedencia de la acción de tutela, contra el laudo arbitral proferido por el Tribunal de Arbitramento en el caso *sub examine*.

Seguidamente se hace necesario examinar si se ha configurado la causal específica de procedencia por el desconocimiento del precedente judicial.

11.- Breve caracterización de la causal específica de procedencia de la acción de tutela contra fallos judiciales por desconocimiento del precedente judicial

11.1. Noción alcance y procedencia

Es relevante caracterizar sumariamente la causal específica de procedencia de la acción de tutela contra fallos judiciales por desconocimiento del precedente constitucional. La Sala Plena de esta Corporación ha reiterado el

*desconocimiento del precedente*⁷² como causal de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales, cuando la decisión judicial (laudo arbitral) vulnera o amenaza derechos fundamentales de las partes⁷³. En este sentido, el respeto del precedente vertical vincula al juez (Tribunal de Arbitramento, en este caso), en razón a la igualdad de trato en la aplicación de la ley, según lo dispuesto en el artículo 13 de la Constitución. La Corte lo explicó en la sentencia SU-400 de 2012⁷⁴, en los siguientes términos:

5.2 El respeto por las decisiones emitidas por los jueces de superior jerarquía, especialmente, de órganos de cierre de las jurisdicciones ordinaria, contencioso administrativa y constitucional, así como por el propio juez o magistrado cuando no tienen superior funcional es una obligación ineludible y no una facultad discrecional del funcionario judicial.

*La conclusión anterior, se sustenta al menos en las siguientes razones: (i) el principio de igualdad que es obligatorio para todas las autoridades, e incluso, para algunos particulares, según el cual, supuestos fácticos iguales, deben resolverse de la misma forma y, por tanto, con la misma consecuencia jurídica; (ii) el principio de cosa juzgada permite a los destinatarios de las decisiones judiciales seguridad jurídica y previsibilidad de la interpretación, pues si bien es cierto que el derecho no es una ciencia exacta, también lo es que debe existir certeza razonable sobre la decisión; (iii) la naturaleza reglada de la decisión judicial no puede ser desconocida por el principio de autonomía judicial, pues únicamente la interpretación armónica de esos dos conceptos garantiza la eficacia y realización del Estado de Derecho; (iv) los principios de buena fe y confianza legítima imponen a la administración un grado de seguridad y consistencia en las decisiones, debido a que existen expectativas legítimas protegidas jurídicamente; y, (v) por motivos de racionalidad del sistema jurídico, pues es necesario un mínimo de coherencia en su interior*⁷⁵.

*5.3 Esta Corte ha indicado que el precedente judicial vinculante lo componen aquellas consideraciones jurídicas que de manera cierta y directa están dirigidas a resolver la situación fáctica sometida a consideración del juez. El precedente está atado a la ratio decidendi o razón central de la decisión anterior, la que a su vez se origina de los presupuestos fácticos relevantes de cada caso. Entonces, la ratio decidendi: (i) constituye la regla aplicada por el juez en el caso concreto; (ii) se establece mediante el problema jurídico analizado en relación con los hechos del caso concreto y (iii) al ser una regla se debe seguir en todos los casos que se subsuman en la hipótesis prevista en ella*⁷⁶.

5.4 En este orden, la correcta utilización del precedente judicial implica que un caso que está por decidirse debe fallarse de conformidad con el(los) caso(s) del pasado, únicamente (i) si los hechos relevantes que definen el caso pendiente de fallo son similares a los supuestos de hecho del caso pasado; (ii) si la consecuencia jurídica aplicada al caso anterior, constituye la pretensión del caso presente y, (iii) si la regla jurisprudencial no ha sido cambiada o ha evolucionado

72 Sentencia SU-047 de 1999. Desconocimiento del precedente, se estructura cuando el juez desconoce la ratio decidendi de un conjunto de sentencias previas al caso que ha de resolver, que por su pertinencia y aplicación al problema jurídico constitucional, deben considerarse necesariamente al momento de dictar sentencia.

73 Ver las sentencias C-590 de 2005 y T-766 de 2008, entre otras.

74 MP Adriana María Guillén Arango, 31 de mayo de 2012.

75 Ibídem.

76 Sentencia T-766 de 2008.

*en otra distinta o más específica que altere algún supuesto de hecho para su aplicación*⁷⁷.

5.5 *El funcionario judicial únicamente podrá apartarse de su precedente o del precedente establecido por su superior funcional, siempre y cuando de manera expresa, amplia y suficiente, explique los motivos por los que varía su posición. De allí que corresponda al juez la carga argumentativa de explicar las razones de su actuación de forma distinta a lo resuelto con anterioridad, siguiendo los siguientes parámetros: (i) referirse expresamente al precedente anterior, lo que significa que no puede omitirlo o simplemente pasarlo desapercibido como si nunca hubiera existido (principio de transparencia), y, (ii) **exponer la razón o razones serias y suficientes para el abandono o cambio, si en un caso se pretende decidir en sentido contrario al anterior encontrándose en situaciones fácticas similares** (principio de razón suficiente)*⁷⁸.

5.6 *En este orden de ideas, ante situaciones fácticas idénticas se impone la misma solución jurídica, salvo que el juez exponga expresamente razones serias, contundentes y suficientes para no seguir el precedente. **En caso de que la nueva posición no se justifique haciendo referencia expresa al cambio de postura, la consecuencia no es otra que la vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso, que pueden garantizarse mediante la acción de tutela.***

5.7 *En conclusión, salvo en materia constitucional cuya doctrina es obligatoria, en principio, los funcionarios judiciales están vinculados por el precedente fijado por los órganos facultados para unificar jurisprudencia sobre los distintos temas jurídicos. Sin embargo, en ejercicio de su autonomía judicial pueden abandonar dichos lineamientos, cumpliendo con una carga argumentativa estricta, demostrando de forma seria, contundente, adecuada y suficiente que lo dicho con anterioridad no es válido, es insuficiente o es incorrecto. **Es decir, para superar la vinculación del precedente y el deber de resolver en forma igual casos iguales, debe justificarse la nueva postura y descalificar las consideraciones que fundamentan las decisiones anteriores.*** (Negrilla fuera de texto)

En efecto, el carácter vinculante de los precedentes de las altas cortes se explica por la necesidad de otorgar eficacia a principios básicos del Estado Constitucional, como la igualdad y la seguridad jurídica. Dentro de las distintas cualidades deseables de los sistemas jurídicos en los Estados democráticos está su predecibilidad y coherencia de las decisiones judiciales. Los ciudadanos esperan que ante la existencia de asuntos análogos, en sus hechos jurídicos relevantes, los jueces otorguen decisiones igualmente similares.

Por ende, no basta que se esté ante la estabilidad y coherencia de las reglas del derecho legislado, sino también ante la ausencia de arbitrariedad en las decisiones judiciales. *Esto se logra a partir de dos vías principales: (i) el reconocimiento del carácter ordenador y unificador de las subreglas creadas por los altos tribunales de justicia, como la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional; y (ii) la exigencia que las decisiones judiciales cumplan con las condiciones propias de todo discurso*

⁷⁷ *Ibidem.*

⁷⁸ Sentencia T-161 de 2010.

racional, esto es, que (a) incorporen todas las premisas obligatorias para la adopción de la decisión, esto es, las diversas fuentes formales de derecho, otorgándose prevalencia a aquellas de superior jerarquía, como la Constitución; (b) cumplan con reglas mínimas de argumentación, que eviten las falacias y las contradicciones; (c) sean consistentes con las demás decisiones adoptadas por el sistema judicial, de modo que cumplan con el requisito de predecibilidad antes anotado⁷⁹.

La Corte Constitucional, en sentencia C-539 de 2011⁸⁰, señaló que una interpretación adecuada del imperio de la ley, a la luz del artículo 230 constitucional, *significa para la jurisprudencia constitucional que la sujeción de la actividad judicial al imperio de la ley, no puede entenderse en términos reducidos como referida a la aplicación de la legislación en sentido formal, sino que debe entenderse referida a la aplicación del conjunto de normas constitucionales y legales, valores y objetivos, incluida la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales, la cual informa la totalidad del ordenamiento jurídico⁸¹.* Sobre este tema, resaltó esta Corporación que:

- (i) la intención del constituyente ha sido darle clara y expresa prevalencia a las normas constitucionales –art. 4º Superior- y con ella a la aplicación judicial directa de sus contenidos;*
- (ii) que esto debe encontrarse en armonía con la aplicación de la ley misma en sentido formal, es decir dictada por el Legislador, la cual debe ser interpretada a partir de los valores, principios, objetivos y derechos consagrados en la Constitución;*
- (iii) que por tanto es la Carta Política la que cumple por excelencia la función integradora del ordenamiento;*
- (iv) que esta responsabilidad recae en todas las autoridades públicas, especialmente en los jueces de la república, y de manera especial en los más altos tribunales;*
- (v) que son por tanto la Constitución y la ley los puntos de partida de la interpretación judicial;*
- (vi) que precisamente por esta sujeción que las autoridades públicas administrativas y judiciales deben respetar el precedente judicial o los fundamentos jurídicos mediante los cuales se han resuelto situaciones análogas anteriores;*
- (vii) que esta sujeción impone la obligación de respetar el principio y derecho de igualdad tratando igual los casos iguales;*
- (viii) que mientras no exista un cambio de legislación, persiste la obligación de las autoridades públicas de respetar el precedente judicial de los máximos tribunales, en todos los casos en que siga teniendo aplicación el principio o regla jurisprudencial;*
- (ix) que no puede existir un cambio de jurisprudencia arbitrario, y que el cambio de jurisprudencia debe tener como fundamento un cambio verdaderamente relevante de los presupuestos jurídicos, sociales existentes y debe estar*

⁷⁹ Extracto de la sentencia C-634 de 2011 (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

⁸⁰ MP Luis Ernesto Vargas Silva.

⁸¹ A este respecto ha dicho la Corte: “14. La sujeción (...) al imperio de la ley, como se dijo anteriormente, no puede reducirse a la observación minuciosa y literal de un texto legal específico, sino que se refiere al ordenamiento jurídico como conjunto integrado y armónico de normas, estructurado para la realización de los valores y objetivos consagrados en la Constitución.” Sentencia C-486 de 1993. Ver también la sentencia C-836 de 2001.

suficientemente argumentado a partir de razonamientos que ponderen los bienes jurídicos protegidos en cada caso;

(x) que en caso de falta de precisión o de contradicción del precedente judicial aplicable, corresponde en primer lugar al alto tribunal precisar, aclarar y unificar coherentemente su propia jurisprudencia; y

(xi) que en estos casos corresponde igualmente a las autoridades públicas administrativas y a los jueces, evidenciar los diferentes criterios jurisprudenciales existentes para fundamentar la mejor aplicación de los mismos, desde el punto de vista del ordenamiento jurídico en su totalidad, “y optar por las decisiones que interpreten de mejor manera el imperio de la ley” para el caso en concreto⁸².

Puntualmente, la Corte Constitucional reconoció en la providencia SU-047 de 1999⁸³, que ante el deber constitucional de asegurar para los asociados los principios de confianza legítima (artículo 84 C.P.) e igualdad en la aplicación de la ley, las altas corporaciones judiciales deben ser respetuosas con sus decisiones vinculantes. La providencia que se cita, lo afirmó en los siguientes términos:

El respeto a los precedentes cumple funciones esenciales en los ordenamientos jurídicos, incluso en los sistemas de derecho legislado como el colombiano Por ello, tal y como esta Corte lo ha señalado, todo tribunal, y en especial el juez constitucional, debe ser consistente con sus decisiones previas, al menos por cuatro razones de gran importancia constitucional. En primer término, por elementales consideraciones de seguridad jurídica y de coherencia del sistema jurídico, pues las normas, si se quiere que gobiernen la conducta de los seres humanos, deben tener un significado estable, por lo cual las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles. En segundo término, y directamente ligado a lo anterior, esta seguridad jurídica es básica para proteger la libertad ciudadana y permitir el desarrollo económico, ya que una caprichosa variación de los criterios de interpretación pone en riesgo la libertad individual, así como la estabilidad de los contratos y de las transacciones económicas, pues las personas quedan sometidas a los cambiantes criterios de los jueces, con lo cual difícilmente pueden programar autónomamente sus actividades. En tercer término, en virtud del principio de igualdad, puesto que no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez. Y, finalmente, como un mecanismo de control de la propia actividad judicial, pues el respeto al precedente impone a los jueces una mínima racionalidad y universalidad, ya que los obliga a decidir el problema que les es planteado de una manera que estarían dispuestos a aceptar en otro caso diferente pero que presente caracteres análogos. Por todo lo anterior, es natural que en un Estado de derecho, los ciudadanos esperen de sus jueces que sigan interpretando las normas de la misma manera, por lo cual resulta válido exigirle un respeto por sus decisiones previas. (Subrayado en el texto original)

Vistas así las cosas, para resolver sobre la procedencia de la acción de tutela por esta causa, respecto de precedentes de esta Corte o de los órganos de cierre de las jurisdicciones ordinaria y contencioso administrativa, es preciso: (i) establecer la existencia de un precedente o de un grupo de precedentes aplicables al caso concreto y distinguir las reglas decisorias contenidas en estos; (ii) justificar que el fallo judicial impugnado debió tomar en cuenta

⁸² Sobre estos criterios se puede consultar la sentencia C-836 de 2001.

⁸³ MP Carlos Gaviria y Alejandro Martínez.

necesariamente tales precedentes y (iii) comprobar si el juez tuvo razones fundadas para apartarse del precedente judicial, bien por encontrar diferencias fácticas entre el precedente y el caso analizado, bien por considerar que la decisión debería ser adoptada de otra manera para lograr una interpretación más armónica en relación con los principios constitucionales y más favorable para los derechos fundamentales.

Así las cosas, la aplicación del precedente garantiza la igualdad formal y la igualdad ante la ley, a través de la uniformidad en la aplicación del derecho⁸⁴. Ciertamente, la Corte ha sostenido que los jueces de la República⁸⁵ no pueden apartarse de un precedente vertical establecido por esta Corporación, o por los órganos de cierre de las distintas jurisdicciones, a menos que exista un principio de razón suficiente que justifique su inaplicación a un caso concreto, previo cumplimiento de una carga de argumentación⁸⁶.

Finalmente, este Tribunal ha considerado que cuando concurren varias interpretaciones constitucionalmente admisibles sobre un mismo tema, las cuales estén respaldadas por la jurisprudencia vigente, y el operador jurídico decide aplicar una de ellas, la acción de tutela no está llamada a prosperar, en respeto de los principios constitucionales de autonomía e independencia judicial⁸⁷, pues solo se entiende que una autoridad ha incurrido en este defecto cuando se evidencie un actuar totalmente infundado que lesione derechos fundamentales, es decir cuando no respeta los presupuestos de razonabilidad, racionalidad y proporcionalidad⁸⁸. Dada la trascendencia de este aspecto, la Sala Cuarta de Revisión hará seguidamente una consideración específica sobre la autonomía funcional de quienes cumplen funciones judiciales.

⁸⁴ En relación con este punto, la Corte ha sostenido que: “Téngase en cuenta que la aplicación uniforme de la doctrina constitucional, no solamente se exige de las autoridades jurisdiccionales, sino que la misma obliga a todas las autoridades públicas y a los particulares en cuanto sus actuaciones deben ajustarse a los principios de igualdad de trato y de buena fe. En efecto, es razonable requerir de éstos un comportamiento reiterado, en casos similares, cuando se encuentren en posición de definir el contenido y ejercicio de los derechos fundamentales de las personas. // Por ello, las pautas doctrinales expuestas por esta Corporación en relación con los derechos fundamentales, se convierten en umbrales de comportamiento exigibles tanto para las autoridades públicas como para los particulares. Con todo, dicha exigencia se subordina a la existencia de circunstancias o patrones comunes o similares a partir de los cuales no se puedan predicar razones suficientes que permitan otorgar un tratamiento desigual. // De contera que, la carga argumentativa se encuentra inclinada a favor del principio de igualdad, es decir, se exige la aplicación de la misma doctrina constitucional ante la igualdad de hechos o circunstancias. Sin embargo, quien pretende su inaplicación debe demostrar un principio de razón suficiente que justifique la variación en el pronunciamiento”. Sentencia T-1025 de 2002 (MP Rodrigo Escobar Gil).

⁸⁵ Para el caso *sub judice*, los Tribunales de Arbitramento tampoco pueden apartarse, en su labor jurisdiccional.

⁸⁶ En la Sentencia T-468 de 2003 (MP Rodrigo Escobar Gil) se dispuso que: “En este contexto, surge como elemento preponderante que todo cambio o inaplicación de un precedente judicial de tipo vertical a partir de la presencia de diversos supuestos fácticos o en razón del cambio de legislación debe estar plenamente motivado, en aras de salvaguardar el principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad, convirtiéndose el conocimiento de los argumentos judiciales, en una herramienta ciudadana de control sobre la legitimidad de las decisiones proferidas por el juzgador. // La motivación requiere entonces el cumplimiento de varias condiciones que le dotan de plena legitimidad. En efecto, ella debe ser: (i) completa, (ii) pertinente, (iii) suficiente y (iv) conexa. Es completa cuando se invocan todos los fundamentos de hecho y de derecho que amparan la decisión; es pertinente si resulta jurídicamente observable; es suficiente cuando por sí misma es apta e idónea para decidir un asunto sometido a controversia y; es conexa si se relaciona directamente con el objeto cuestionado. // Por consiguiente, si un juez de tutela pretende inaplicar la doctrina constitucional que sobre una materia en específico ha establecido esta Corporación, no solo debe motivar la decisión de manera completa, pertinente, suficiente y conexa, sino que también tiene que probar la diversidad de los supuestos fácticos o de las circunstancias de hecho que conlleven a otorgar un tratamiento desigual y/o la existencia de una nueva legislación que modifique las consecuencias jurídicas aplicables al caso controvertido.”

⁸⁷ Artículo 228 de la Constitución.

⁸⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-638 de 2011 (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

11.2. La Autonomía funcional del juez

Debido a que una práctica jurisprudencial saludable no puede basarse en la petrificación de determinadas decisiones o concepciones jurídicas, el principio de autonomía funcional del juez implica que este puede apartarse del precedente jurisprudencial siempre y cuando (...) *encuentre razones debidamente fundadas que le permitan separarse de él, cumpliendo con una carga argumentativa encaminada a mostrar que el precedente es contrario a la Constitución, en todo o en parte*⁸⁹.

Posición reiterada de esta Corporación al referirse al grado de vinculación para las autoridades judiciales del precedente jurisprudencial emitido por las altas cortes. En efecto, se ha considerado que la posibilidad de disentir del precedente se torna admisible si se cumple con estrictos requisitos, *entre otros (i) hacer explícitas las razones por las cuales se aparte de la jurisprudencia en vigor sobre la materia objeto de escrutinio judicial; y (ii) demostrar suficientemente que la interpretación alternativa que se ofrece desarrolla de mejor manera los derechos, principios y valores constitucionales*⁹⁰.

En esta óptica, la Corte ha reconocido que es preciso hacer efectivo el derecho a la igualdad, sin perder de vista que el juez goza de autonomía e independencia en su actividad, al punto que si bien está obligado a respetar el precedente fijado por él mismo y por sus superiores funcionales, también es responsable de adaptarse a las nuevas exigencias que la realidad le impone y asumir los desafíos propios de la evolución del derecho⁹¹.

En consecuencia, un juez puede apartarse válidamente del precedente horizontal o vertical si (i) en su providencia hace una referencia expresa al precedente conforme al cual sus superiores funcionales o su propio despacho han resuelto casos análogos, pues *solo puede admitirse una revisión de un precedente si se es consciente de su existencia*⁹² (requisito de transparencia); y (ii) expone razones suficientes y válidas a la luz del ordenamiento jurídico y los supuestos fácticos del caso nuevo que justifiquen el cambio jurisprudencial, lo que significa que no se trata simplemente de ofrecer argumentos en otro sentido, sino que resulta necesario demostrar que el

89 Cfr. sentencia T-292 de 2006.

90 Cfr. la sentencia C-634 de 2011 (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

91 Al respecto en la sentencia T-468 de 2003, MP Rodrigo Escobar Gil la Corte señaló que “en la medida en que la Constitución Política (C.P. arts. 228 y 230) les reconoce a los jueces un margen apreciable de autonomía funcional, el principio de igualdad, en materia judicial, no puede interpretarse de manera absoluta, so pena de petrificar el ordenamiento jurídico y, en consecuencia, impedir que las normas se ajusten a los cambios sociales, políticos y económicos que les dotan de pleno contenido y significación.”

92 Sentencia T-688 de 2003, MP Eduardo Montealegre Lynett. Además, en esta oportunidad se sostuvo: “El ciudadano tiene derecho a que sus jueces tengan en mente las reglas judiciales fijadas con anterioridad, pues ello garantiza que sus decisiones no son producto de apreciaciones ex novo, sino que recogen una tradición jurídica que ha generado expectativas legítimas. Proceder de manera contraria, esto es, hacer caso omiso, sea de manera intencional o por desconocimiento, introduce un margen de discrecionalidad incompatible con el principio de seguridad jurídica, ahora sí, producto de decisiones que han hecho tránsito a cosa juzgada y que han definido *ratio decidendi*, que los ciudadanos legítimamente siguen.”

precedente anterior no resulta válido, correcto o suficiente para resolver el caso nuevo (requisito de suficiencia)⁹³.

Satisfechos estos requisitos por parte del juez, en criterio de la Corte, se entiende protegido el derecho a la igualdad de trato ante las autoridades y garantizada la autonomía e independencia de los operadores judiciales.⁹⁴ Específicamente respecto al precedente vertical, la Corte ha señalado que las autoridades judiciales que se apartan de la jurisprudencia sentada por órganos jurisdiccionales de superior rango, sin aducir razones fundadas para hacerlo, incurren necesariamente en violación del derecho a la igualdad, susceptible de protección a través de la acción de tutela.⁹⁵

En consecuencia, cuando las altas corporaciones se han pronunciado sobre un asunto particular, el juez debe aplicar la subregla sentada por ellas. En estos casos, la autonomía judicial se restringe a los criterios unificadores de dichos jueces colegiados⁹⁶. En caso de que el cambio de postura no se justifique expresamente, la consecuencia no puede ser otra que la vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso⁹⁷.

Precisado lo anterior y una vez verificado que se cumplen los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela, corresponde a la Sala Cuarta de Revisión determinar si se ha configurado el cumplimiento de la causal específica de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, elevada por el apoderado del peticionario: desconocimiento del precedente judicial.

11.3. El Desconocimiento del precedente judicial en el caso concreto

11.3.1. Para la Sala Cuarta de Revisión las conclusiones obtenidas al definir el alcance y sentido de la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre el Acta de liquidación del contrato estatal, se constituyen en el parámetro de evaluación que orientará las consideraciones sobre el defecto por desconocimiento del precedente, atribuido al laudo arbitral.

Observa el Juez de Revisión que el acta de liquidación de septiembre 5 de 2002, cuyo título reza “ACTA DE LIQUIDACIÓN POR MUTUO

93 Ver entre otras, las sentencias SU-074 de 2014, T-446 de 2013, T-918 de 2012, T-014 de 2009, T-777 de 2008, T-571 de 2007, T-049 de 2007, T-440 de 2006, T-330 de 2005, T-698 de 2004, T-688 de 2003 y T-468 de 2003.

94 Sobre este punto, por ejemplo, en la sentencia T-330 de 2005 MP Humberto Sierra Porto, esta Corporación precisó: “en suma, prima facie, los funcionarios judiciales están vinculados por la obligación de aplicar el precedente sentado por los órganos encargados de unificar jurisprudencia. No obstante, si pretenden apartarse del mismo en ejercicio de la autonomía judicial, pesa sobre los mismos una carga de argumentación más estricta. Es decir deben demostrar de manera adecuada y suficiente las razones por las cuales se apartan.” Así mismo, en la sentencia T-468 de 2003 MP Rodrigo Escobar Gil, la Corte concluyó: “[S]i en la interpretación y aplicación de la ley se dota a la norma jurídica de contenido y significación, es obvio que las autoridades judiciales no pueden desconocer o inaplicar un precedente en un caso determinado, a menos que exista un principio de razón suficiente que justifique dicho cambio de criterio (precedente horizontal) o resulte admisible un tratamiento desigual a partir de la diversidad de circunstancias o supuestos fácticos sometidos a conocimiento y decisión del juez (precedente vertical).”

95 Sentencia T-698 de 2004 MP Rodrigo Uprimny Yepes.

96 Sentencia T-794 de 2011 MP Jorge Iván Palacio Palacio.

97 Sentencia T-112 de 2012 MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

ACUERDO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE ESPACIOS DE TELEVISIÓN NO. 129 DE 1997, CELEBRADO ENTRE LA COMISIÓN Y PRODUCCIONES JES LIMITADA”, presenta entre otras características relevantes para la decisión a tomar dos: de un lado, el numeral primero de la parte resolutive declara que las partes “*acuerdan*” (...) *liquidar por mutuo acuerdo el contrato de de (sic)concesión de espacios No.129 de 1997 (...)* y, de otro, no incluye ni hace alusión a ninguna clase de reparo o reclamo de ninguna de las partes firmantes.

De lo anterior se colige que se trata de un acta de liquidación de un contrato estatal suscrita de mutuo acuerdo y dicho acuerdo no consigno ninguna salvedad en relación con el desarrollo, ejecución y liquidación del contrato.

Sentado el presupuesto factico inmediatamente aludido, entiende la Sala que este debe atenerse a la consecuencia jurídica que le ha atribuido el ordenamiento jurídico. Para la Corte, la regla que señala lo que debe acontecer en casos como el descrito es la jurisprudencia fijada por el Consejo de Estado.

A ese respecto, en esta providencia, tras revisar diversos pronunciamientos emanados del Alto Juez Contencioso se tiene que: liquidado un contrato estatal y suscrita la respectiva acta de liquidación por las partes sin reparo alguno, no pueden estas, en principio, acudir posteriormente a la jurisdicción para elevar reclamaciones respecto de tal contrato.

Como se desprende de lo dicho, caben posibilidades de acudir a la jurisdicción, aun en el caso de no haberse incorporado salvedades en el acta de liquidación. Sin embargo, esto tiene lugar cuando se cumplen los presupuestos señalados por la jurisprudencia contencioso administrativa para contar con tal posibilidad. De conformidad con lo expuesto en esta sentencia, la regla trazada puede ser excepcionada en aquellas situaciones en las que dicha acta se cuestione por algún vicio en el consentimiento (error, fuerza o dolo). También resulta inaplicable cuando los sucesos que motiven el reclamo ocurran con posterioridad a la liquidación o, no hayan sido conocidos por las partes en ese momento. Y ocasionalmente se ha afirmado que la excepción tendría lugar si existe una modificación expresa y consensuada del acta de liquidación.

Así pues, solo las situaciones excepcionales descritas dan lugar a hacer efectiva la posibilidad de acudir a la administración de justicia cuando no se han hecho salvedades en el acta de liquidación del contrato estatal. En el asunto en estudio, se advierte que el motivo que suscitó la controversia propuesta por Producciones JES, cerca de 24 meses después de la suscripción del acta de liquidación, fue el desequilibrio económico del contrato.

Observa este Tribunal que el asunto propuesto no hace relación a ningún vicio del consentimiento, con lo cual, se descarta la procedencia de la vía jurisdiccional para solucionar alguna inconformidad de este tipo. No se

advierte en el reclamo de Producciones JES reparo alguno que apunte a poner de presente el error, la fuerza o el dolo ni en la ejecución y desarrollo del contrato, ni en la suscripción del acta.

Por lo que respecta a la hipótesis, según la cual, hay lugar a acudir al juez del contrato cuando se trata de hechos posteriores a la liquidación o desconocidos al momento de la firma del acta de liquidación, encuentra la Sala de Revisión que tampoco se está ante tales supuestos de hecho. Advierte la Corte que los motivos que en sentir de Producciones JES dieron lugar al desequilibrio acontecieron mucho antes de la liquidación. En la transcripción de los hechos de la demanda que según el laudo arbitral se presentó el 2 de septiembre de 2004, se dijo:

Quinto: Durante los años 1998, 1999 y 2000, inclusive los años siguientes hasta 2003, término de la concesión, el país ha soportado una grave crisis económica y consecuente recesión con afectación directa en la Inversión Neta en publicidad que, obvia y dramáticamente se redujo en el sector de la televisión y, por tanto, llevó al desequilibrio o ruptura de la ecuación económico-financiera del contrato, que debió ejecutarse en circunstancias notoriamente más difíciles y onerosas para el concesionario demandante (Negrilla fuera de texto)

El asunto no es de menor interés si se advierte que el laudo arbitral cuestionado, al estimar favorablemente el pedimento de Producciones JES, expuso en lo pertinente:

Observa el Tribunal que no era ni podía ser razonablemente previsible para PRODUCCIONES JES, como no lo fue ni siquiera para el gobierno ni para los especialistas, que se presentaría una recesión económica en Colombia de la magnitud de la que ocurrió.

Ocurrió así, de manera totalmente inesperada, que el comportamiento de la economía colombiana que en 1997 había crecido en 3,43%, pasó a 0,57 % en 1998 y a decrecer a valores negativos de -4,20 en 1999.

(...)

Es claro para el Tribunal que se trató entonces de una situación imprevista e imprevisible, completamente externa a las partes y que evidentemente excedió los riesgos inherentes a la normal ejecución del contrato de concesión (...)

(...) en tal caso el concesionario tiene derecho a que la entidad estatal demandada le restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida (...)” (negrillas fuera de texto)

Para la Sala, ni se está ante sucesos ocurridos con posterioridad a la firma del acta de liquidación, ni se trata de eventos desconocidos al suscribirse la liquidación, el 5 de septiembre de 2002. Obsérvese que la renuncia de Producciones JES, según el acta de liquidación, se hizo efectiva a partir del 21 de septiembre de 2000, esto es dos años antes de firmarse la liquidación y, fue la crisis económica acontecida en esos años la que condujo a la renuncia de Producciones JES, aceptada por la CNTV el 20 de septiembre de 2000. Lo afirmado se concluye del hecho vigésimo quinto de la demanda ante el Tribunal de Árbitros y que en lo del caso señala:

(...) las circunstancias expresadas en el hecho quinto de esta demanda (antes transcrito) y la ineficiencia e inactividad de LA DEMANDADA para solucionarlas, provocaron la renuncia del contrato de concesión conforme se expresa en la Resolución 0844, expedida por La Comisión nacional de televisión el 20 de septiembre de 2000. (Negrilla fuera de texto)

Así pues, se descarta también la hipótesis según la cual se puede acudir a la jurisdicción a reclamar aquello respecto de lo cual no se han dejado salvedades en el acta de liquidación de contrato estatal si se trata de hechos posteriores a tal acto o, si se está frente a sucesos que se desconocían al momento de la liquidación.

11.3.2. Seguidamente, se revisa si en el asunto en estudio, se está frente a una modificación que se adecue a lo que ha dicho ocasionalmente alguna jurisprudencia contencioso administrativa citada y, es que (...) *la liquidación final de un contrato pued(e) ser aclarada o modificada posteriormente, es claro que para ello se requiere del consentimiento expreso de quienes la suscribieron (...).* Respecto de este aspecto, no encuentra la Sala Cuarta de Revisión un documento en el que especifica y expresamente se modifique el acta de liquidación del contrato de concesión 129 de noviembre 24 de 1997 suscrito entre la CNTV y Producciones JES. Lo que existe, es una cláusula contenida en un contrato celebrado el 20 de febrero de 2003, la cual ya fue transcrita en esta providencia y en la que se advierte que este subsiguiente contrato *en ningún caso(...) modifica, vulnera o constituye reconocimiento a las pretensiones, al restablecimiento del equilibrio económico durante la ejecución del contrato número 129 de 1997 que eventualmente pudieran presentarse por PRODUCCIONES JES LTDA en Tribunal de Arbitramento que cualquiera de las partes convoque.*

El precitado precepto merece especial análisis dado su papel dentro de la decisión arbitral atacada. Observa la Corte que en la página 80 del laudo se manifestó que resultaba *inapropiado (...) atribuir el efecto de que el acta de liquidación hubiese tenido la virtualidad de imposibilitar la formulación de reclamaciones, porque independientemente de lo dicho por la convocada y como ya se ha reiterado, en el contrato en dación en pago celebrado entre las partes el 20 de febrero de 2003, se admitió la posibilidad que el concesionario pudiera reclamar el restablecimiento del equilibrio económico del contrato en la instancia arbitral* (negrillas fuera de texto). Esto es, no cabría aplicar la regla sentada por el Consejo de Estado, según la cual lo no salvado en el acta de liquidación del contrato no puede ser objeto de discusión judicial, en este caso arbitral, dada la cláusula aludida.

Esta idea se evidencia aún más cuando en la página 11 del laudo aclaratorio se afirma que *el concesionario no dejó salvedades en el acta respecto de sus reclamos sobre ruptura de la ecuación financiera del contrato pero que, a juicio de este Tribunal, ello no obsta para que pudiera demandar su reconocimiento en sede arbitral como en efecto ocurrió, con el reconocimiento expreso que hicieron las partes al respecto, en el documento*

*de fecha febrero 23 de 2003, aportado como prueba en el proceso. Por ello, resulta extraña la forma de razonar del Tribunal de Arbitramento cuando en la página 7 del mismo laudo aclaratorio escribe (...) en la cláusula DECIMA CUARTA del contrato de dación en pago del 20 de febrero de 2003 que el Tribunal aprecia en su pleno valor probatorio (...) las partes expresamente se refirieron a que el acuerdo sobre las obligaciones allí referidas, no constituía reconocimiento a las pretensiones que eventualmente pudieran presentarse por PRODUCCIONES JES LTDA en Tribunal de Arbitramento que cualquiera de las partes convoque y más adelante agrega (...) no quiere decir lo anterior que tal derecho del concesionario hubiera nacido de lo acordado por las partes en ese contrato de dación en pago. No es esta una consideración que haya sido hecha por el Tribunal pues **en ningún caso se ha fundado en esa prueba para deducir de allí ni su competencia, ni la procedencia y oportunidad de las pretensiones del convocante formuladas en esta sede arbitral.** Tan solo se ha referido a ella (...) como reconocimiento de las partes de que no quedaban comprendidas en ese acuerdo las pretensiones del concesionario por desequilibrio económico (...) Y en la apreciación y valoración de las pruebas el Tribunal tiene amplia autonomía (negritas de la Sala de Revisión).*

Más confusa resulta aún la exposición de los árbitros cuando, renglones más abajo y atendiendo un cuestionamiento por desbordar su objeto de interpretación, que era el contrato de 1997, procedieron a interpretar el contrato posterior a la liquidación, celebrado en 2003, consignan: **No es cierto** *que se hubiese hecho interpretación alguna de contrato distinto del contrato de concesión No. 129 de 1997 (...)* (negritas y subrayas del texto original).

Para la Sala, las extensas transcripciones permiten advertir varias situaciones. En primer lugar, que la peculiar cláusula del contrato de 2003 fue tenida en cuenta para afirmar que las partes reconocieron una eventual convocatoria del Tribunal de Arbitramento con miras a discutir el presunto desequilibrio económico. En segundo lugar, que los árbitros manifiestan haber apreciado una cláusula contenida en una prueba documental, sin haberla interpretado, lo cual no se entiende, pues, la mera lectura del texto, supone, como mínimo, una interpretación literal, y más en este caso que se tuvo tal texto como prueba.

11.3.3. El tercer aspecto que merece ser singularmente resaltado es que en el Laudo se consideró “inapropiado” pretender imposibilitar a la Convocante para reclamar porque no hizo salvedades en el acta de liquidación, pues, la cláusula contenida en el contrato de 2003 reconocía, según los árbitros, la posibilidad de demandar. Pero, sorprendentemente en el laudo aclaratorio, proferido dos semanas después, se dice que la polémica cláusula no fue interpretada y que es una prueba, pero que, ella no sirve de fundamento para determinar ni la competencia del Tribunal (...) **ni la procedencia y oportunidad de las pretensiones de la convocante formuladas en sede arbitral** (...) (Negrilla fuera de texto)

Para la Corte, las contradicciones en que incurren los árbitros permiten colegir que la cláusula décimo cuarta sí fue interpretada y tomada en cuenta como asidero para desatender la regla jurisprudencial sentada por el Consejo de Estado sobre la procedencia y oportunidad de reclamaciones no hechas en el acta de liquidación. La Sala de Revisión valora que la estimación hecha por los árbitros encajaría en la excepción que ocasionalmente ha señalado el Consejo de Estado cuando ha afirmado que el acta (...) *pued(e) ser aclarada o modificada posteriormente, es claro que para ello se requiere del consentimiento expreso de quienes la suscribieron* (...), esto es, de llegar a encontrarse que el texto tenido en cuenta por los árbitros obedece a esta circunstancia, su competencia tendría asidero normativo. El examen de este asunto se aborda seguidamente.

En primer lugar, la cláusula décima cuarta, no hace parte de un acta o pacto en el que expresamente se modifique el acta de liquidación, pues está incluida en un posterior contrato de dación en pago. En segundo lugar, revisado el texto de la cláusula tampoco se hace mención expresa de alguna modificación al acta de liquidación. En tercer lugar el objeto del contrato en el cual esta cláusula se incluye, esto es, la dación en pago es natural y esencialmente distinto del objeto de una modificación o aclaración del contrato estatal de concesión suscrito entre Producciones JES y La CNTV.

Atendiendo lo dispuesto en el artículo 1501 del Código Civil se puede afirmar que la cláusula en cuestión es un elemento meramente accidental de la dación en pago. En suma, no se encuentra razón para sostener que tal cláusula modifica el acta de liquidación del contrato. Pero aún hay más, si se revisa el tenor literal de la cláusula, no se advierte en ella intención de la CNTV de modificar lo establecido hasta ese momento por las partes. No entiende la Sala de Revisión de otro modo las expresiones (...) *en ningún caso (...) modifica, vulnera o constituye reconocimiento a las pretensiones, al restablecimiento del equilibrio económico durante la ejecución del contrato número 129 de 1997 que eventualmente pudieran presentarse* (...). Puede decirse que el texto no reconoce las pretensiones de un restablecimiento económico del contrato, pero, no puede sostenerse que tales palabras son una manifestación expresa de modificación del acta de liquidación. Una cosa es decir que no se reconoce una pretensión y otra mantener que ello es una declaración expresa de variar un acto jurídico, lo uno no implica lo otro. A modo de ejemplo, mal podría decirse que un acto posterior en el que se niegue lo pretendido respecto de un contrato ya ejecutado y concluido, modifique dicho contrato.

Por si quedaran dudas sobre la ausencia de modificación del acta de liquidación del contrato estatal No. 129 de 1997, vale la pena citar lo expresado por el Tribunal de Arbitramento en la página 7 del laudo aclaratorio cuando al referirse a un cuestionamiento sobre la lectura de los árbitros al contrato de dación en pago afirmó: 7. **No es cierto** *que el Tribunal se haya referido a que el contrato de dación en pago de 20 de febrero de 2003 HUBIERA MODIFICADO el acta de liquidación bilateral del contrato* (...)

(negrillas y subrayas del original, mayúsculas de la Corte). Entonces, si el grupo de árbitros no tuvo en cuenta la cláusula décimo cuarta para determinar la procedencia y oportunidad de la reclamación y, es en esta cláusula en la cual se consignó tardíamente una salvedad y, dicha cláusula no tuvo la virtud de modificar el acta de liquidación y, los árbitros no la asumen como una variación al acta de liquidación; se queda sin piso una hipótesis, según la cual, cabrían reclamaciones sobre eventos no incluidos en el acta de liquidación, si las partes posteriormente consienten expresamente en ello.

Así pues, no configurada ninguna de las excepciones señaladas por la jurisprudencia del Consejo de Estado, quedaban los árbitros sometidos a acatar la regla establecida, acorde con la cual no cabe acudir a la jurisdicción para reclamar sobre eventos no incluidos en el acta o, tomaban el camino de apartarse del precedente cumpliendo la carga argumentativa de rigor, so pena de incurrir en un defecto que vulnera el principio de igualdad y, da al traste con la providencia en la que se expresa dicha transgresión.

Para la Sala, el laudo proferido por los árbitros sostiene la siguiente tesis: ***el acto de liquidación del contrato 129 de 1997 y el acta No. 48 de 5 de septiembre en la cual consta, contiene los acuerdos que las partes hicieron respecto de las obligaciones allí contenidas, en los términos previstos por la ley y a las misma se circunscribe el acta de liquidación sin que ello signifique que por no haber quedado comprendidos los reclamos relativos a la ruptura de la ecuación financiera del contrato y sus efectos, la liquidación resulte aparente o deficiente, como tampoco implica que tales reclamos no pudieran hacerse valer en sede judicial o arbitral, como en efecto ocurrió y como había sido reconocido por las partes en el contrato de dación en pago de 20 de febrero de 2003 (...)*** (negrillas fuera de texto).

Obsérvese que lo dicho por los árbitros se aparta de la tesis del Consejo de Estado, pues para el grupo de árbitros sí proceden los reclamos en sede judicial o arbitral a pesar de no haberse consignado tales objeciones en el acta de liquidación. En el sentir de los árbitros una convención posterior del estilo de la contenida en el contrato de dación en pago, a pesar de no modificar el acta de liquidación, tiene la virtud de habilitar reclamaciones futuras sobre hechos anteriores a la liquidación del contrato, pero que, no fueron referidos en el acta liquidatoria. Lo concluido en el laudo también se aparta de lo sostenido por el Consejo de Estado, en cuanto que es el acta de liquidación el documento en el cual se deben consignar los reparos, pues, para los árbitros, un contrato posterior cuyo objeto no es la modificación del acta de liquidación, tiene la virtud de variarla y habilitar la convocatoria a los jueces para dirimir controversias sobre asuntos no incluidos en el acta.

En ese estado de cosas y, dada la manifiesta diferencia entre lo establecido por la Alta Corporación de Justicia y el presupuesto normativo asumido por los árbitros, correspondía a los autores del laudo, atenerse a las exigencias para desatender lo sentado en la jurisprudencia Contencioso Administrativa.

En este sentido, el laudo se manifiesta escaso, pues, no se advierte valoración de la jurisprudencia fijada por el Consejo de Estado y, solo en la página 12 del laudo aclaratorio se alude expresamente al punto cuando se dice que el Alto Juez Contencioso Administrativo ha sostenido que acorde con el (...) *artículo 60 de la Ley 80 de 1993, el contenido del acta debe comprender los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes, respecto de los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar. Ha considerado igualmente que, por su naturaleza contractual, las manifestaciones de voluntad concordante de las partes, obligan a lo que en ellas se expresa y por tal razón no se pueden desconocer ni se debe obrar en contra de ellas a menos que sea invalidado el acto que les de origen(...).*

Renglones más abajo los árbitros declaran que el *Tribunal comparte la orientación de la jurisprudencia (...) en cuanto que las manifestaciones de los contratantes (...) los vincula y que el principio de la buena fe les impide desconocerlas después (...).* Pero más adelante precisa cual es el entendimiento que los árbitros hacen del principio de la buena fe y lo hacen en los siguientes términos (...) *debe ser entendido como una suerte de barrera de contención, solo para sancionar procederes fraudulentos y engañosos, antes que para imponerle a un contratante comportamientos que no solo son indeterminados sino que, además, van en clara contravía de sus intereses particulares(...)* y agrega que la comprensión del inciso tercero del artículo 60 de la ley 80 de 1993: *No significa, en modo alguno, que las partes estén obligadas a celebrar tales acuerdos, pues estos solo pueden derivar de los designios de su voluntad (...)* *Tampoco puede interpretarse que la norma implica para las partes su obligación de expresar, al propio tiempo, aquello en lo que no hubiese habido acuerdo. Sería tanto como imponer una obligación que la norma no estableció (...).* Más adelante concluye el laudo (...) ***no constituye violación del postulado de la buena fe el solo hecho de omitir en el negocio jurídico aquello en lo que no exista acuerdo de las partes, como sería que el contratista no haga mención específica de aquello sobre lo cual no está transigiendo. Tampoco se trataría de que pierda su derecho a accionar porque no haga expresa reserva de tal derecho. Si así fuera, se estaría creando una caducidad no prevista en la Ley. (...)*** (Negrilla fuera de texto).

11.3.4. Procede a continuación la Sala a verificar si el Tribunal de arbitramento cumplió con las exigencias propias del juez que se distancia de un precedente judicial.

Conforme con la jurisprudencia citada a propósito de la carga que tiene el juez al apartarse del precedente, se tiene, en primer lugar, que, aquel (...) *debe referirse expresamente al precedente anterior (...)* y no le está dado (...) *omitirlo o simplemente pasarlo desapercibido como si nunca hubiera existido (principio de transparencia).* En relación con este requisito, se observa que según se transcribió, en el laudo solo se alude genéricamente a la

jurisprudencia del Consejo de Estado, sin hacer referencia expresa ni puntual a decisiones específicas que como se ha demostrado, hasta la saciedad, en este fallo de tutela, se pronunciaron sobre el asunto estudiado. Dicho de otro modo no se advierte un examen de la jurisprudencia contenciosa que permita sostener su valoración por parte de los árbitros.

Adicionalmente, debe el juez (...) *exponer la razón o razones serias y suficientes para el abandono o cambio, si en un caso se pretende decidir en sentido contrario al anterior encontrándose en situaciones fácticas similares (...)*. En el punto en estudio, no puede hablarse de abandono o cambio para decidir en sentido distinto a los pronunciamientos anteriores, pues, el mismo laudo declara compartir la orientación del consejo de estado, pero seguidamente, y tras citar el artículo 60 de la ley 80 de 1993, llega a conclusiones diferentes a las señaladas por el Consejo de Estado. En suma, no se hace referencia expresa al cambio de postura respecto de lo que reiteradamente había dicho la jurisprudencia. En tales circunstancias el laudo incurre en una situación ya establecida por esta Corporación cuando sentó ***En caso de que la nueva posición no se justifique haciendo referencia expresa al cambio de postura, la consecuencia no es otra que la vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso, que pueden garantizarse mediante la acción de tutela.***

Para la Sala de Revisión, el ejercicio de la autonomía funcional que rodeaba el Tribunal de árbitros, implicaba, cuando se trata de apartarse del precedente, tal como se dijo en jurisprudencia citada en este fallo, que *al abandonar dichos lineamientos, (se debe) cumpli(r) con una carga argumentativa estricta, demostrando de forma seria, contundente, adecuada y suficiente que lo dicho con anterioridad no es válido, es insuficiente o es incorrecto. Es decir, para superar la vinculación del precedente y el deber de resolver en forma igual casos iguales, debe justificarse la nueva postura y descalificar las consideraciones que fundamentan las decisiones anteriores (...)*.

En el asunto *sub examine* los árbitros no consideraron y menos descalificaron las razones aducidas por la jurisprudencia para condicionar la procedencia de la convocatoria a la administración de justicia cuando de reclamos en materia de contratación estatal se trata, a que, las salvedades del caso se hubiesen hecho en el acta de liquidación. Observa la Sala que el laudo se contrajo a exponer algunos motivos que, en su sentir, fundan una tesis según la cual, a pesar de no hacerse salvedad en el acta de liquidación, se conserva la posibilidad de discutir en sede judicial o arbitral, las inconformidades de una de las partes.

Por lo que respecta a la plausibilidad de esta tesis, según la cual no existe obligación de consignar las inconformidades en el acta de liquidación del contrato, pues esto no lo exige la ley, estima la Sala que si bien es cierto, no se trata de una obligación sino de un derecho, el ejercicio o falta de ejercicio del mismo acarrea consecuencias. Quien hace uso del derecho a incluir sus

reclamaciones en el acta, habilita la posibilidad de discutir las posteriormente ante el juez del contrato. **Quien no hace uso de tal derecho, acorde con la jurisprudencia del Consejo de Estado, pierde la posibilidad de acudir a la justicia, salvo que se trate de una de las excepciones ya comentadas en esta providencia.**

Finalmente, la Sala no advierte cómo la interpretación propuesta por el Tribunal en el punto en examen resulta más favorable a la protección de los derechos fundamentales. Ha sentado la Corte Constitucional que al alejarse del precedente, el juez disidente, debe encontrar como una buena razón que la interpretación prohijada por él, realiza en mayor medida los derechos fundamentales que la lectura propuesta en el precedente que se va a desatender. En la reflexión del Tribunal de Arbitramento no se encuentra como su propuesta interpretativa, realice de mejor modo el derecho al trato igual que tienen las partes y, en particular, el de la CNTV, que se encontraba frente a una jurisprudencia que en el sentir de los árbitros, no le resultaba aplicable sin aducir motivos constitucionalmente admisibles que justificaran el trato distinto.

Tampoco se advierte cómo la solución hermenéutica propuesta por el Tribunal de Árbitros garantiza valores tan caros al constitucionalismo occidental como lo es la seguridad jurídica, la cual, dicho sea de paso, sirve de soporte a la obligatoriedad del precedente judicial. Igualmente, no se entiende cómo lo concluido por el grupo de árbitros se aviene con la defensa del patrimonio público, pues, en el asunto en estudio, su afectación fue manifiesta.

Así pues, concluye el Juez de Revisión que el Tribunal de Arbitramento incurrió en un defecto por desconocimiento del precedente judicial y tiene lugar la revocatoria de la providencia proferida por el Juez del Contrato No. 129 de 1997. Como podría acontecer que se convocase un nuevo Tribunal de Arbitramento en tanto los términos y el ordenamiento jurídico lo permitan, la Sala de Revisión advertirá que de tener lugar tal circunstancia, se deberá atender el precedente judicial del Consejo de Estado, junto con las consideraciones de esta providencia.

12.- Otros aspectos relevantes

Para la Sala, merecen una consideración adicional dada su relevancia dentro de lo acontecido, asuntos como la teoría de los actos propios, el sentido de la providencia de anulación, la independencia de los árbitros frente al Consejo de Estado y la posible afectación al patrimonio público.

12.1. Teoría de los Actos Propios

Estima la Sala Cuarta de Revisión la posición jurisprudencial de lo contencioso administrativo en favor de la *teoría de los actos propios*, sobre la cual se soporta la regla de la que se apartó el Tribunal de Arbitramento, no

puede ser desconocida por la administración pública ni por los operadores jurídicos, pues, se trata de un concepto fundado en el principio constitucional de la buena fe.

Al respecto ha explicado la Corte Constitucional:

Un tema jurídico que tiene como sustento el principio de la buena fe es el del respeto al acto propio, en virtud del cual, las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe (art. 83 C.N). Principio constitucional, que sanciona entonces, como inadmisibles toda pretensión lícita, pero objetivamente contradictoria, con respecto al propio comportamiento efectuado por el sujeto.

La teoría del respeto del acto propio, tiene origen en el brocardo “Venire contra pactum proprium nellí conceditur” y, su fundamento radica en la confianza despertada en otro sujeto de buena fe, en razón de una primera conducta realizada. Esta buena fe quedaría vulnerada, si fuese admisible aceptar y dar curso a una pretensión posterior y contradictoria.

El tratadista y Magistrado del Tribunal Constitucional Español Luis Díaz Pícazo⁹⁸ enseña que la prohibición no impone la obligación de no hacer sino, más bien, impone un deber de no poder hacer; por ello es que se dice “no se puede ir contra los actos propios”.

Se trata de una limitación del ejercicio de derechos que, en otras circunstancias podrían ser ejercidos lícitamente; en cambio, en las circunstancias concretas del caso, dichos derechos no pueden ejercerse por ser contradictorios respecto de una anterior conducta, esto es lo que el ordenamiento jurídico no puede tolerar, porque el ejercicio contradictorio del derecho se traduce en una extralimitación del propio derecho.⁹⁹

Esta Corporación, en reiterada jurisprudencia¹⁰⁰, ha precisado que el respeto del acto propio requiere de tres condiciones para que pueda ser aplicado:

- a.** Una conducta jurídicamente anterior, relevante y eficaz.
- b.** El ejercicio de una facultad o de un derecho subjetivo por la misma persona o centros de interés que crea la situación litigiosa, debido a la contradicción -atentatorio de la buena fe- existente entre ambas conductas.
- c.** La identidad del sujeto o centros de interés que se vinculan en ambas conductas.

Tales presupuestos subyacen a la tesis sentada por el Consejo de Estado a propósito del efecto de las salvedades consignadas en el acta de liquidación del contrato estatal y, por ende, la revisión de dicha postura exige una cuidadosa consideración respecto de la teoría de los actos propios, la cual, entiende la Sala, no tuvo lugar en el laudo censurado.

98 La Doctrina del Acto Propio, un Estudio Crítico sobre la Jurisprudencia del Tribunal Supremo –Bosch Casa Editorial Barcelona. 1963.

99 Corte Constitucional. Sentencia T-295 de 1999, citada en la sentencia T-618 de 2000 (MP Alejandro Martínez Caballero).

100 Cfr. las sentencias T-207 de 2013; T-164 de 2012; T-699 de 2011; T-698 y T-672 de 2010; T-618 y T-526 de 2007; T-129 de 2005; T-830, T-679, T-608, T-204 de 2004; entre otras.

12.2. El peso de la providencia que denegó la anulación en el marco de lo debatido

De otro lado, resulta pertinente referirse a algunos argumentos invocados en favor de la presunta consistencia del Laudo cuestionado. Así por ejemplo, la desestimación del recurso de anulación impetrado por la CNTV ante el Consejo de Estado, no es evidencia del respeto a los derechos fundamentales. Se trata más bien de una decisión que atada a pronunciarse sobre unas causales taxativa y específicas alegadas por el solicitante; no encontró ajustados los hechos a lo normado y en virtud del principio dispositivo denegó la anulación. En su decisión el Consejo de Estado no modificó el precedente tantas veces referido en esta sentencia de tutela y, no podría hacerlo, pues, no era el problema puesto a su consideración. Sobre el asunto del precedente dijo el Consejo de Estado en sede de anulación:

(...)Es necesario advertir que en la legislación aplicable al recurso extraordinario de anulación contra laudos arbitrales no se encuentra norma jurídica alguna que señale efectos o consecuencias jurídicas similares a las enunciadas sobre eventos en los cuales el Tribunal de Arbitramento al proferir el laudo correspondiente llegare a apartarse de la jurisprudencia elaborada por el Consejo de Estado (...) y menos aún tal circunstancia ha sido legalmente prevista como causal de anulación del respectivo laudo(...)

Dado que la causal en estudio en ese punto por el Consejo de Estado era la posible expedición de un fallo en conciencia, la Corporación concluía citando un fallo de 2002:

(...) la decisión equivocada no se identifica con la decisión en conciencia, de manera que la causal de anulación citada no puede justificar la revisión de la argumentación jurídica elaborada por el Tribunal de Arbitramento (...)

Para el Juez de Revisión está claro que no era el recurso de anulación la vía para plantear la transgresión de los derechos fundamentales de la CNTV. Dicho asunto tal como acontece ahora encuentra su escenario adecuado en sede de tutela. Por ende, el pronunciamiento del juez de anulación no es evidencia de la carencia de razón del demandante de tutela.

Tampoco cabe invocar en contra de las pretensiones de la tutela el concepto vertido por el Ministerio Público frente a la solicitud de anulación, pues, lo que aquí se dice es que *por regla general, no es factible demandar por situaciones que no se consignaron como salvedad en el acta bilateral de liquidación, pero admite excepciones, como cuando las situaciones que generan la demanda contractual tuvieron ocurrencia con posterioridad a dicha liquidación de común acuerdo*. Esta situación ya fue estudiada en este fallo de tutela y se revisaron las mismas providencias citadas por el Procurador Cuarto Delegado.

Sí interesa anotar que más adelante el concepto en mención advierte (...) ***el hecho que un Tribunal Arbitral decida en contravía a la jurisprudencia no constituye el supuesto de hecho de la causal de haberse proferido en conciencia; podría a llegar a ser un fallo equivocado pero no en conciencia, pues fue el producto de una valoración legal y probatoria*** (...) (Negrilla fuera de texto). Se advierte entonces que la Procuraduría circunscribió su análisis a las causales de anulación, pero, observó que fallar contra la jurisprudencia, podría dar lugar a un fallo equivocado.

12.3. La Defensa del Patrimonio Público

Observa la Sala de Revisión que una de las consecuencias de lo acontecido, fue el pago de la suma de \$ 5.596'363.417 de pesos en favor de Producciones JES Ltda., con lo cual, pudo haber tenido lugar una irregular afectación del patrimonio público, pues, el fundamento de dicho desembolso fue el laudo arbitral lesivo de los derechos fundamentales de la CNTV.

El constituyente consagró la importancia del patrimonio público en diversos preceptos de la Carta, así, por ejemplo, en el artículo 88 estipuló la procedencia de las acciones populares para la protección de dicho bien, en el artículo 267, estableció la vigilancia de la gestión fiscal en cabeza de la Contraloría General de la República y, en el artículo 268, atribuyó al Contralor General de la República la determinación de la responsabilidad fiscal con la imposición de las sanciones respectivas. Igualmente, el artículo 277 en su ordinal séptimo, asignó al Procurador General de la Nación la función de intervención necesaria en defensa del patrimonio público.

Para la Corte, el correcto desempeño en el ejercicio de la función administrativa mandado por el artículo 209 Superior y la aludida defensa del patrimonio público han operado en sede de constitucionalidad como criterios de un actuar ajustado a la Carta por parte del legislador, lo cual, permite entrever que se trata de parámetros también predicables del actuar de los jueces y los órganos administrativos.

Revisada la gestión de los diversos actores en el caso presente, observa la Sala de Revisión que la inserción de la polémica cláusula DÉCIMO CUARTA en el contrato de *dación en pago*, el uso de dicho precepto orientado a obtener un provecho en contravía de lo dispuesto por la jurisprudencia contencioso administrativa, permiten advertir que se debe dar cuenta de tales circunstancias a las autoridades de orden penal, disciplinario y fiscal para que acorde con lo de su resorte procedan a esclarecer lo ocurrido y, de ser el caso, recuperar lo que pudiese haber sido indebidamente pagado.

En consecuencia, se procederá a compulsar las copias del caso. Por lo demás, la CNTV podrá adelantar las acciones legales pertinentes a fin de recuperar la afectación del patrimonio público.

13.- El Defecto por carencia de apoyo probatorio

Habiéndose configurado una de las causales específicas de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales (desconocimiento del precedente judicial) y, dada su estrecha conexión con el último defecto invocado por el actor, pues, se trató del uso de medios probatorios para fundar una pretensión cuyo asidero en el ordenamiento jurídico no pudo ser establecido y, en aras del principio de economía procesal, no continuará la Sala con el examen del último defecto invocado por el actor.

14. Conclusiones

Por todo lo expuesto, esta Sala estima que el Tribunal de Arbitramento convocado por Producciones JES Ltda. Contra la CNTV, vulneró el derecho al debido proceso y al derecho a un trato igual de la CNTV.

En consecuencia, la Sala **revocará** la sentencia 15 de junio de 2011 de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, por medio de la cual modificó la decisión del 9 de mayo de 2011 de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca que declaró improcedente la solicitud de amparo presentada por la Comisión Nacional de Televisión -CNTV-; para negar la protección de los derechos invocados.

En su lugar, **concederá la tutela** al derecho fundamental al debido proceso de la Comisión Nacional de Televisión -CNTV y **revocará** (i) el laudo arbitral del 24 de junio de 2010 y su aclaratorio del 7 de julio de 2010, dictados por el Tribunal de Arbitramento conformado por Carmenza Mejía Martínez, Hernando Herrera Mercado y Enrique Laverde Gutiérrez y (ii) la sentencia proferida el 10 de marzo de 2011, por la Sala de lo contencioso Administrativo, Sección tercera - Subsección A, del Consejo de Estado.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO.- LEVANTAR la suspensión de términos decretada en el presente proceso.

SEGUNDO.- REVOCAR, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión, la sentencia del quince (15) de junio de 2011 de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, por medio de la cual negó la protección de los derechos invocados por la Comisión

Nacional de Televisión -CNTV-, modificando la decisión del nueve (9) de mayo de 2011 de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca que declaró improcedente la solicitud de amparo.

TERCERO.- En su lugar, **CONCEDER** la protección del derecho fundamental al debido proceso y al trato igual de la Comisión Nacional de Televisión -CNTV- vulnerado por el Tribunal de Arbitramento, convocado por Producciones JES Limitada para dirimir las controversias contractuales con la Comisión Nacional de Televisión, a través del laudo arbitral del 24 de junio de 2010 y su aclaratorio del 7 de julio de 2010.

CUARTO.- En consecuencia, **DEJAR SIN EFECTOS** el laudo arbitral del 24 de junio de 2010 y su aclaratorio del 7 de julio de 2010, dictados por el referido Tribunal de Arbitramento, así como la sentencia proferida el 10 de marzo de 2011, por la Sala de lo contencioso Administrativo, Sección tercera-Subsección A, del Consejo de Estado, en la que declaró infundado el recurso de anulación interpuesto por la entidad tutelante.

En el evento de convocarse un nuevo Tribunal se deberá atender el precedente judicial del Consejo de Estado, junto con las consideraciones de esta providencia.

QUINTO.- COMPULSAR copia de esta decisión con destino a la Oficina de Asignaciones de la Dirección Seccional de Fiscalías de Bogotá para que, si así lo considera, inicie las investigaciones a que haya lugar, según los hechos de la presente acción de tutela.

SEXTO.- COMPULSAR copia de esta decisión con destino a la Procuraduría General de la Nación para que, si así lo considera, inicie las investigaciones a que haya lugar, según los hechos de la presente acción de tutela.

SÉPTIMO.- COMPULSAR copia de esta decisión con destino a la Contraloría General de la República para que, si así lo considera, inicie las investigaciones a que haya lugar, según los hechos de la presente acción de tutela.

OCTAVO.- LÍBRESE la comunicación de que trata el artículo 36 del decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Magistrado Ponente

JORGE IVAN PALACIO PALACIO
Magistrado

NILSON ELIAS PINILLA PINILLA
Magistrado
Impedimento aceptado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO
Secretaria General